

Erlangen - Nürnberg 1977

Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung

von

Dipl.-Volksw. Gerhard Küffner
aus Bayreuth

1977

Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
(Dr. rer. pol.)

der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Dipl.-Volksw. Gerhard Küffner
aus Bayreuth



Referent: Prof. Dr. W. Henke
Korreferent: Prof. Dr. W. Schick
19.7.1977

Das Gewerbezulassungsrecht der Handwerksordnung

Gliederung	Seite
Die Aufgabe	1
1. Kapitel	
Die Eintragung in der Handwerksrolle	
1. Das Wesen der Handwerksrollen-Eintragung	4
11. Die Rechtsnatur der Handwerksrollen-Eintragung	4
111. Die Eintragung in die Handwerksrolle - ein Akt der Erlaubniserteilung	4
112. Die sonstigen Funktionen der Handwerksrollen-Eintragung	10
113. Handwerksrollen-Eintragung und § 271 StGB	12
12. Die Rechtswirkungen der Handwerksrollen-Eintragung	19
121. Die konstitutive Wirkung	19
122. Die Drittbindungswirkung	24
123. Die zeitliche, räumliche und sachliche Wirkung	31
2. Das Verfahren der Eintragung in die Handwerksrolle	41
21. Zu den Auskunfts- und Duldungspflichten der Gewerbetreibenden	41
211. Die gesetzlichen Bestimmungen	41
212. Der Kreis der Auskunfts- und Duldungspflichtigen	43
213. Inhalt und Ausmaß der Maßnahmen der Handwerkskammer	48
214. Rechtsmittel gegen Maßnahmen der Handwerkskammer im Rahmen des § 17 HO	50
22. Die Mitteilung über die beabsichtigte Handwerksrollen-Eintragung	58
221. Die Voraussetzungen der Mitteilung	58
222. Die Rechtsnatur der Mitteilung	59

	Seite	
223. Die Adressaten der Mitteilung	63	
224. Die rechtlichen Folgen der Unterlassung der Mitteilung	67	
23. Die Entscheidung über die Eintragung in die Handwerksrolle	68	
231. Begriff und Rechtsnatur der "Entscheidung über die Eintragung"	68	
232. Rechtsmittel gegen die "Entscheidung über die Eintragung"	71	
2. Kapitel		
Die zulassungspflichtigen Tatbestände		
1. Die Zulassung im Bereich des Handwerks	74	
11. Kurzer geschichtlicher Überblick	74	
12. Die Bestimmungen der Gegenwart und ihre Problematik	79	
2. Rechtskriterien des Handwerksbetriebes (im Sinne der Handwerksordnung) unter besonderer Berücksichtigung der Handwerks- mäßigkeit von Gewerben		84
21. Der selbständige und stehende Gewerbe- betrieb	84	
211. Der Handwerksbetrieb - ein Gewerbe- betrieb	84	
212. Der Handwerksbetrieb - ein selbständiger Gewerbebetrieb	89	
213. Der Handwerksbetrieb - ein stehender Gewerbebetrieb	90	
22. Die Handwerksfähigkeit von Gewerben	93	
221. Sinn und Zweck der Positivliste	93	
222. Die Grundsätze für die Erstellung der Positivliste	99	
223. Die Bedeutung der Berufsbilder (im Rahmen der Positivliste)	103	
224. Die Problematik der Teilhandwerke	107	

	Seite
225. Die Ermächtigung zur Änderung der Positivliste	117
226. Zusammenfassung	132
23. Die Handwerksmäßigkeit von handwerks- fähigen Gewerben	134
231. Die Bedeutung der Gesamtstruktur eines Betriebes für die Abgrenzung	134
232. Die Bedeutung von Größenmerkmalen	137
233. Die Bedeutung der Art der Produktions- weise	145
234. Die Bedeutung geschichtlicher, soziologischer und sozialer Gesichts- punkte	156
235. Die Bedeutung sonstiger Merkmale	160
236. Ergebnis	167
3. Die Abgrenzung der Erscheinungsformen des Handwerksbetriebes	168
31. Die Kriterien eines handwerklichen Nebenbetriebes	168
311. Die positiv-rechtlichen Voraussetzungen eines handwerklichen Nebenbetriebes	168
312. Die Verbundenheit mit dem Hauptbetrieb	172
32. Die Kriterien eines handwerklichen Hilfsbetriebes	177
321. Die Beziehungen zum Hauptbetrieb	177
322. Die Unterschiede zum Hauptbetrieb	179
323. Die Unterschiede zum Nebenbetrieb	179
3. Kapitel	
Die subjektiven Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle	
1. Überblick über die Zulassungsvoraussetzungen der Handwerksordnung	181
2. Die Ausnahmbewilligung	193
21. Die Voraussetzungen der Ausnahmbewilligung	193
211. Der Ausnahmefall	193
212. Der Befähigungsnachweis	203

213. Die Rangfolge der Voraussetzungen Ausnahmefall/Befähigungsnachweis	213
214. Das rechtliche Interesse	216
215. Die Zuverlässigkeit	222
22. Die Beschränkungen der Ausnahmbewilligung	225
221. Die inhaltliche Beschränkung	225
2211. Die Voraussetzungen der Ausnahme- bewilligung für Teilhandwerke	225
2212. Der Rechtsanspruch auf Erteilung einer inhaltlich beschränkten Ausnahmbewilligung	237
222. Die Nebenbestimmungen	242
23. Die Rechtsfolgen der Ausnahmbewilligung	249
231. Überblick über die Wirkungen der Ausnahmbewilligung	249
232. Vergleich der Rechtsstellung der Inhaber einer Ausnahmbewilligung mit den aufgrund einer Meisterprüfung Eingetragenen	250
24. Die Geltungsbeendigung einer Ausnahme- bewilligung	252
25. Besondere verfahrensrechtliche und prozessuale Probleme der Ausnahmbewilligung	259
251. Die Anhörung nach § 8 Abs. 3 HO	259
2511. Der Kreis der Anzuhörenden	259
2512. Form, Inhalt, Zweck und Rechts- charakter der Anhörung	261
2513. Die Verletzung der Anhörungspflicht	266
252. Der Rechtsschutz bei Erteilung bzw. Versagung einer Ausnahmbewilligung	275
2521. Der Rechtsschutz bei Erteilung einer Ausnahmbewilligung	275
2522. Der Rechtsschutz bei Versagung einer Ausnahmbewilligung	290

	Seite
3. Die Übergangsvorschrift des § 119 HO	291
31. Die Tatbestandsvoraussetzungen	291
311. Die selbständige Handwerksausübung	291
312. Die tatsächliche und berechnigte Handwerksausübung	296
313. Der maßgebliche Stichtag	305
314. Die Bedeutung der Frist in § 119 Abs. 2 HO	308
32. Die rechtlichen Wirkungen der Besitz- standswahrung	309
321. Die Weitergeltung von Beschränkungen einer Ausnahmebewilligung	309
322. Die Besitzstandswahrung im Falle von Teilhandwerken	311
323. Konsequenzen aus der personenbezogenen Privilegierung	313
4. Die Sonderregelungen des (Betriebs-) Leiterprinzips	316
41. Zu den gesetzlichen Bestimmungen	316
42. Das (Betriebs-) Leiterprinzip in tatsächlicher Hinsicht	317
421. Das Betriebsleiterprinzip bei juristischen Personen	317
422. Das Leiterprinzip bei Personen- gesellschaften	319
423. Das Betriebsleiterprinzip bei handwerklichen Nebenbetrieben	323

4. Kapitel

Die Löschung der Eintragung in der Handwerksrolle

1. Die Voraussetzungen der Löschung	327
11. Das Nicht-Vorliegen der Eintragungs- voraussetzungen	327
12. Die Sperre des § 14 HO	334
2. Das Verfahren der Löschung	337
3. Die Wirkungen der Löschung	338
31. Keine Rückwirkung der Löschung	338
32. Betriebsuntersagung und Betriebsschließung	339
33. Die unberechtigte Handwerksausübung als Ordnungswidrigkeit	347

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
AbgO	Reichs-Abgabenordnung
Abs.	Absatz
a.F.	alter Fassung
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
(R,B)Anz.	(Reichs-, Bundes-) Anzeiger
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (Band; Beginn der Abhandlung; (zitierter Stelle))
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayStrWG	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Jahrgang; Beginn der Abhandlung, des Urteils (zitierter Stelle))
BayVwZVG	Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz
BayWG	Bayerisches Wassergesetz
bayZuStVGewO	Bayerische Zuständigkeitsverordnung zur
(HandwO)	Gewerbeordnung (Handwerksordnung)
BB	Der Betriebsberater (Jahrgang; Beginn der Abhandlung, des Urteils (zitierter Stelle))
BBauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH (St.,Z)	Bundesgerichtshof (in Straf-, in Zivilsachen)
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BStMWV	Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheid (Band; Beginn des Urteils (zitierter Stelle))
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheid (Band; Beginn des Urteils (zitierter Stelle))
BVFG	Bundesvertriebenengesetz
BVG	Bezirksverwaltungsgericht
BWM	Bundeswirtschaftsminister(ium)
DB	Der Betrieb (Jahrgang; Beginn der Abhandlung, des Urteils (zitierter Stelle))
d.G.	des Gesetzes
DHBl.	Deutsches Handwerksblatt (Jahrgang; Beginn der Abhandlung (zitierter Stelle))
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahrgang; Beginn der Abhandlung, des Urteils (zitierter Stelle))
Ds.	Drucksache
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahrgang; Beginn der Abhandlung, des Urteils (zitierter Stelle))

E	Entscheidung
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch v. 2.3.1974 (BGBl. I S. 469)
Erl.	Erläuterung(en)
EVwVfG 1973	Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (1973); Ds. VII/910
FGG	Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit
FN	Fußnote
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
(d.)G.	(des) Gesetz(es)
GaststG	Gaststätten-Gesetz
GBL.	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
GewA	Gewerbearchiv (Jahrgang; Beginn der Abhand- lung, des Urteils (zitierte Stelle))
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GÜKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HO, HwO, HdwO,	Handwerksordnung
HandwO	
HO 1953	Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 17.Sept. 1953 (BGBl. I S. 1411)
Hrsg. (hrsggb.	Herausgeber (herausgegeben von)
von)	
HRV	Handelsregisterverordnung
(3.) HwVO	(3.) Handwerksverordnung
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
IHK(G)	Industrie- und Handelskammer(n) (Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der IHK)
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
JR	Juristische Rundschau (Jahrgang, Beginn der Abhandlung, des Urteils (zitierte Stelle))
JuS	Juristische Schulung (Jahrgang; Beginn der Abhandlung, des Urteils (zitierte Stelle))
JW	Juristische Wochenschrift (Jahrgang; Beginn des Urteils (zitierte Stelle))
JZ	Juristenzeitung (Jahrgang; Beginn der Abhandlung des Urteils (zitierte Stelle))
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht
LS	Leitsatz
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahrgang; Beginn des Urteils (zitierte Stelle))
ME	Ministerialerlaß
MfWuV	Minister(ium) für Wirtschaft und Verkehr
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahrgang; Beginn der Abhandlung, des Urteils (zitierte Stelle))
Nr.	Nummer
(Sächs) OLG	(Sächsisches) Oberlandesgericht
(Preuß) OVG	(Preußisches) Oberverwaltungsgericht
o.J.	ohne Jahresangabe
o.O.	ohne Ortsangabe
o.V.	ohne Verfasser- oder ohne Vornamensangabe
OVGE	Oberverwaltungsgerichtsentscheid (Band; Beginn des Urteils (zitierte Stelle))
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PStG	Personenstandsgesetz
(D) RAnz.	(Deutscher) Reichsanzeiger
Rd.-Nr.	Randnummer
RG(St.)	Reichsgericht (in Strafsachen) (Band; Beginn des Urteils (zitierte Stelle))
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RVO	Reichsversicherungsordnung
RWG	Reichswirtschaftsgericht
s.	siehe
S	Seite oder Satz
SchiffsRegO	Schiffsregister-Verordnung
(B,L) SozG	(Bundes, Landes) Sozialgericht
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
THwE	Taschenlexikon handwerksrechtlicher Entscheidungen
U	Urteil
u.a.	unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
VA	Verwaltungsarchiv (Band; Beginn der Abhandlung (zitierte Stelle))
VerkMitt.	Verkehrsmittelteilungen
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung (Band; Beginn des Urteils (zitierte Stelle))
VG	Verwaltungsgericht
VGH (Bad.-W., Bay, Hess)	Verwaltungsgerichtshof von Baden-Württemberg, Bayern, Hessen
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
WaffG	Waffengesetz
WVMBL.	Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr
Z.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZdH	Zentralverband des Deutschen Handwerks
ZdH Inf.	Informationsdienst des ZdH
ZPO	Zivilprozeßordnung
z.T.	zum Teil

Die Aufgabe

Dem Sektor "Handwerk" kommt im Wirtschaftsleben der Bundesrepublik Deutschland erhebliche ökonomische Bedeutung zu. So beschäftigte dieser Bereich 1973 4,28 Millionen Menschen in etwa 540 000 Betrieben bei einem Gesamtumsatz von 253,7 Mrd. DM. Stellt man die Zahl der gewerblichen Lehrlinge des Jahres 1973 in Handwerk und Industrie gegenüber, so zeigt sich, daß 64 % der Lehrlinge im Handwerk und 36 % in der Industrie ausgebildet werden.¹ Die Entwicklung des Betriebsbestandes weist im gleichen Jahr 28 805 Eröffnungen und 44 167 Schließungen aus.²

Angesichts dieser Situation verwundert die geringe Zahl juristischer Monographien auf dem Gebiet des Rechts der Gewerbezulassung im Bereich des Handwerks. Nur einige wenige Praktiker befassen sich mit diesem Gegenstand. In den "Bibliographien des Handwerks"³ muß man zwei Jahrzehnte zurückgehen, bis man auf umfassende Darstellungen über diese Thematik aus dem Hochschulbereich stößt. Die vorliegende Arbeit stellt den Versuch dar, diese Lücke zu schließen. Der Verfasser orientiert sich dabei vorwiegend an der Rechtsprechung, so daß der Bezug zur Praxis gewahrt bleibt. Das gesetzte Ziel besteht darin, eine kritische Darstellung des von der herrschenden Meinung getragenen Gewerbezulassungsrechts der Handwerksordnung zu geben, die dabei auftretenden rechtlichen Probleme aufzuzeigen und unter Berücksichtigung der herrschenden Auffassung, auch des allgemeinen Verwaltungsrechts, einer Lösung zuzuführen. Historische Entwicklungen werden dabei nur dann gebracht, wenn sie zum besseren Verständnis unbedingt nötig sind. Wegen der Vielzahl der

1) Die Zahlen wurden entnommen aus: Zentralverband des Deutschen Handwerks (Hrsg.), Handwerk 1974, Bad Wörishofen 1975 (zukünftig zitiert: Handwerk 1974), S. 49,61

2) Handwerk 1974, S. 55

3) Bibliographie des Handwerks und Gewerbes, hrsggb. vom Seminar für Handwerkswesen an der Universität Göttingen, jeweiliges Jahresverzeichnis

Veröffentlichungen unterbleibt auch ein umfangreicherer Abriß der Geschichte des Handwerks und seiner Organisationen in Mittelalter und Neuzeit; die Entwicklungslinie Aufstieg, Blüte, Niedergang und Verfall mit den Aktiva Gewerbefleiß, kulturelle Leistungen¹ und Erfindergeist² und den Passiva der Leistungsbilanz des Handwerks Zunftzwang, Verkaufsmonopol, Zunftmißbräuche³ wird als bekannt vorausgesetzt. Weiter wird darauf verzichtet die ökonomischen Probleme des Befähigungsnachweises, seien sie ordnungs- oder ablaufspolitischen Natur, zu untersuchen. Der Hinweis auf die einschlägige Literatur mag genügen.⁴

"Der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe ist nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften (selbständige Handwerker) gestattet".⁵ Rechtsnatur, Rechtswirkungen und Verfahren dieser Handwerksrollen-Eintragung sollen im ersten Kapitel dargestellt

- 1) Verbunden sind damit Namen wie Veit Stoß (Altarbildner), Adam Kraft (Steinmetz), Albrecht Dürer (Goldschmied, Maler und Graphiker), Peter Vischer (Rotschmied und Zinngießer), Tilman Riemenschneider (Holzbildhauer), Hans Sachs (Schuster und Poet) (Angaben entnommen aus: Schild, Heinrich, Art. Handwerk, in: Karrenberg, Friedrich (Hrsg.), Evangelisches Soziallexikon, Stuttgart 1954, S. 475; vgl. auch Isenberg, Heinrich, Die Geschichte des deutschen Handwerks, Münster 1929, S. 8 - 119)
- 2) Führende Fabrikherren, namhafte industrielle Unternehmer kamen aus dem Handwerk; erinnert sei an Männer wie die Begründer der Krupp-Dynastie, die Revolutionäre des Buchdruckes Koenig und Mergenthaler (Rotationsmaschine und Setzmaschine), Borsig und J. Schuckert, die Pioniere der deutschen Automobilindustrie Benz, Daimler, Horch und Opel (Quelle: Schild, Hch., a.a.O., S. 478)
- 3) Vgl. Isenberg, Hch., a.a.O., S. 120-170; Wernet, Wilhelm, Handwerks- und Industriegegeschichte, Stuttgart 1963, S. 28 ff (zukünftig zitiert: Wernet, Handwerksgegeschichte); Rohrscheidt, Kurt von, Vom Zunftzwange zur Gewerbefreiheit, Berlin 1898, S. 87 ff; Zorn, Wolfgang, Art. Zünfte, in: HdSW Bd. 12 (1965), S. 484 ff
- 4) Tuchtfeldt, Egon, Gewerbefreiheit als wirtschaftspolitisch Problem, Habilitationsschrift Berlin 1955; Watrin, Christian, Der Befähigungsnachweis in Handwerk und Einzelhandel, Diss. Köln 1958. Letztere Arbeit ist ebenso wie die Veröffentlichung von Wernet, Wilhelm; Petersen, Berthold, Wettbewerbsvorgänge im Handwerk, Bremen 1953, mit umfangreichem Zahlenmaterial versehen. Vgl. weiter Wernet, Wilhelm, Handwerk im Widerstreit der Lehrmeinungen, Münster/Westfalen 1960; Winterberger, Gerhard, Der partielle obligatorische Fähigkeitsausweis als Gewerbeschutzmaßnahme, Diss. Bern 1948, S. 13 - 47
- 5) § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 17. Sept. 1953 (BGBl. I S. 1411), i.d.F. von 28. Dez. 1965 (BGBl. 66 I S. 1), zuletzt geändert durch Art. 24 des Zuständigkeitsanpassungs-Gesetzes vom 18.3.1975 (BGBl. I S. 705)

werden. Das zweite Kapitel behandelt die Tatbestände, welche die Zulassungspflicht auslösen. Nach einem knapp gehaltenen Überblick über die Zulassung im Bereich des Handwerks in historischer Sicht wird der Begriff des Handwerks und des Handwerksbetriebes entwickelt. Das Hauptaugenmerk wird dabei auf das Kriterium der Handwerksmäßigkeit von Gewerben gelegt, denn dieses Problem zählt "von jeher zu den methodisch schwierigsten und umstrittensten Problemen des Handwerksrechts und darüber hinaus des gesamten öffentlichen Wirtschaftsrechts."¹ Angesichts der Bedeutung dieser Thematik für das gesamte Handwerksrecht erlaubt sich der Verfasser hier vom Grundsatz einer ausgewogenen Gliederung abzuweichen und dem Problem die zustehende umfassende Behandlung angedeihen zu lassen. (Damit soll aber nicht gesagt werden, daß nicht auch an anderen Stellen Schwerpunkte gesetzt werden mußten. Die Breite des Themas erfordert vielmehr, nicht zuletzt aus Kostengründen, eine solche Schwankung in der Darstellungstiefe.) Im gleichen Kapitel werden auch die Erscheinungsformen des Handwerksbetriebes voneinander abgegrenzt. Im dritten Kapitel folgen die vom Gewerbetreibenden zu erbringenden (subjektiven) Voraussetzungen der Zulassung. Ausführlich dargestellt werden dabei nach einem Überblick über die vorhandenen Möglichkeiten, die Handwerksrollen-Eintragung zu erlangen, die Ausnahmegewilligung, die Übergangsbestimmung des § 119 HO und die Sonderregelung des (Betriebs-) Leiterprinzips. Die Löschung der Eintragung beschließt als viertes Kapitel die Arbeit. In diesem Abschnitt ist dann auch auf den Problemkreis der unberechtigten Handwerksausübung einzugehen.

1) Fröhler, Ludwig, in: Vorwort zu Britze, Hans-Henning, Rechtskriterien des Handwerksbetriebes in gewerberechtlicher Hinsicht, Diss. Münster/Westfalen 1962

1. Kapitel

Die Eintragung in der Handwerksrolle

1. Das Wesen der Handwerksrollen-Eintragung

11. Die Rechtsnatur der Handwerksrollen-Eintragung

111. Die Eintragung in die Handwerksrolle - ein Akt der Erlaubniserteilung

Die Freiheit des Einzelnen kann in einem Staatswesen nicht unbeschränkt und unbeschränkbar sein. Dies gilt auch und erst recht für die Betätigung auf wirtschaftlichem Gebiet. Die gewerberechtliche Kontrolle der (Gewerbe-)Betriebe erfolgt nun mit Hilfe eines abgestuften rechtstechnischen Instrumentariums. Als wesentliche formale Instrumente sind zu erwähnen: Die Anzeigepflicht, die Untersagungsermächtigung, die Erlaubnispflicht (= Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) und das Verbot mit Vorbehalt der Ausnahmegewilligung. Dabei ist der Gesetzgeber in der Wahl des jeweiligen Instrumentes nicht frei, sondern an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden; das Mittel muß dem speziellen Zweck angemessen sein.¹ Der stärkere Eingriff ist nur zulässig, wenn die Einschränkung auf niedrigerer Stufe nicht ausreicht; die Mittel stehen untereinander in einem Verhältnis der Subsidiarität.²

Das mildeste Mittel der Gewerbeüberwachung ist die Anzeigepflicht. Durch sie erwerben die zuständigen Behörden Informationen darüber, wieviele und welche Gewerbebetriebe in ihrem Bereich vorhanden sind. Sie dient damit mittelbar der Gefahrenabwehr.³ Die Erforderlichkeit der Anzeigepflicht ergibt sich daraus, daß bei Gewerbebetrieben jeder Art

-
- 1) Es muß unterschieden werden zwischen dem allgemeinen Zweck des Gewerberechts und dem speziellen Zweck des anzuwendenden Instrumentes. Der allgemeine Zweck ist die Gefahrenabwehr, der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (problematisch daher die - allerdings traditionelle - Einordnung des Handwerksrechts in das Recht der Wirtschaftsüberwachung; fraglich ist, ob es nicht bereits in den Bereich der Wirtschaftslenkung gehört. Zum Verhältnis Handwerksrecht/Gewerberecht vgl. Henke, Wilhelm, Art. Gewerberecht, in: HdSW, Bd. 4, S. 523(527)), zum speziellen Zweck siehe die Ausführungen beim jeweiligen Instrument
 - 2) Vgl. Henke, Wilhelm, Das öffentliche Recht der Wirtschaft, Nürnberg 1974, S. 67, 68 (zukünftig zitiert: Henke, Leitfaden)
 - 3) So Henke, Leitfaden, S. 51

eher Gefahren drohen als bei sonstigen privaten Tätigkeiten. Zur Prüfung etwaiger möglicher Gefahren oder der gesetzlichen Voraussetzungen des Gewerbes bedarf es dieser Anzeigepflicht. Neben der für alle stehenden Gewerbebetriebe geltenden Anzeigepflicht nach § 14 GewO bestehen mitunter besondere gewerberechtliche¹ Anzeigepflichten, so auch für jeden Handwerksbetrieb.² Die Anzeigepflichten sind nicht zu verwechseln mit etwa daneben noch bestehenden Erlaubnispflichten;³ erstere haben auf letztere keinen Einfluß. So muß etwa die Bescheinigung nach § 15 Abs. 1 GewO auch erteilt werden, wenn das Gewerbe offensichtlich ohne Erlaubnis betrieben werden soll.

Durch eine Untersagungsermächtigung wird der zuständigen Behörde die Befugnis eingeräumt, die Fortsetzung eines erlaubten oder erlaubnisfreien Gewerbebetriebes aus bestimmten Gründen des öffentlichen Wohles ganz oder zum Teil zu verbieten. Der Zweck einer solchen Ermächtigung liegt demnach in der Bekämpfung von nur gelegentlich auftretenden Gefahren.⁴ Einen allgemeinen Untersagungsgrund stellt die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden dar (§ 35 GewO). Spezialgesetzliche Regelungen⁵ gehen nach § 35 Abs. 8 GewO dieser Norm vor; bezüglich des gesamten Handwerks existiert eine solche Norm aber nicht.⁶ Neben diesem allgemeinen Untersagungsgrund gibt es besondere Untersagungsermächtigungen mit anderen Anknüpfungspunkten.⁷ Hierher gehört

-
- 1) Zur steuerrechtlichen Meldepflicht vgl. § 165 d Abs. 2 AbgO. Auf Grund landesrechtlicher Regelungen bleibt dem Gewerbetreibenden die unmittelbare Meldung meist erspart, da die zuständigen Stellen (Finanzamt, Steueramt) einen Abdruck der Gewerbeanmeldungen erhalten (vgl. für Bayern: Entschließung des BStMWV v. 13. Sept. 1961 (WVMBL. S. 109), zul. geänd. durch Bekanntmachung v. 4.9.73 (WVMBL. S. 197)); zur sozialversicherungsrechtlichen Anzeigepflicht vgl. § 317, §§ 658 ff RVO
 - 2) Vgl. § 16 Abs. 2 HO
 - 3) Z.B. § 7 WaffG, oder allgemeiner § 1 HO
 - 4) Vgl. Henke, Leitfaden, S. 65, 68
 - 5) Z.B. § 15 Abs. 1, 2 iVm. § 4 Abs. 1 Z. 1 GaststG, § 25 Abs. 1 PBefG
 - 6) Wohl aber bei einzelnen Handwerken: § 47 iVm. §§ 8, 5 WaffG - Büchsenmacher; § 4 des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen - Metallhandwerker; § 11 Abs. 2 Z. 1 des Gesetzes über das Schornsteinfegerwesen - Bezirks-schornsteinfeger; § 20 Abs. 2 Z. 1 der VO über den Hufbeschlag - Hufbeschlagschmied
 - 7) Vgl. § 15 Abs. 2 GewO, § 59 GewO

auch die Ermächtigung nach § 16 Abs. 3 HO, nach der die zuständige Behörde die unberechtigte Handwerksausübung untersagen kann.¹

Zur Bekämpfung häufig auftretender Gefahren, die typischerweise mit einer bestimmten Tätigkeit oder Anlage verbunden sind,² schreibt der Gesetzgeber eine Erlaubnispflicht vor. Hier werden Verbot und Erlaubnis gekoppelt:³ Bis zur Erteilung der Erlaubnis ist die Ausübung des Gewerbes und der Betrieb der Anlage verboten. Es handelt sich um "eine der bloßen Kontrolle dienende Schranke, die sich öffnet, wenn festgestellt ist, daß bestimmte Ordnungs-Voraussetzungen erfüllt sind".⁴ Das Verbot soll die private Tätigkeit nicht ausschließen, sondern den Zugang zu ihr nur einer präventiven Kontrolle unterwerfen.^{5.6}

Durch das echte Verbot soll dagegen eine bestimmte, stets gefährliche und meist entbehrliche Tätigkeit oder Anlage verhindert werden. Es hat daher nicht den Zweck der (präventiven) Kontrolle, sondern dient dem Ausschluß bestimmter Tätigkeiten oder Anlagen, hat also repressiven Charakter.⁷ Auch hier kann der zuständigen Behörde die Möglichkeit eingeräumt sein, in seltenen Ausnahmefällen Dispens zu erteilen.⁸

1) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 339

2) So Henke, Leitfaden, S. 68

3) So Friauf, Karl Hch., Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS 62,422(422)

4) Huber, Ernst R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, I. Band, 2. Auflage, Tübingen 1953, S. 698

5) So Huber, E.R., a.a.O., S. 698

6) Das präventive Verbot mit gebundener Erlaubnis ist als solches im Gewerberecht verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. Friauf, K., a.a.O., JuS 62,422(424)); zweifelhaft können dagegen die für den Einzelfall vorgesehenen Voraussetzungen sein (vgl. aber für den Bereich der Handwerksordnung: BVerfG v. 17. Juli 1961 BVerfGE 13,97)

7) Vgl. Huber, E.R., a.a.O., S. 698

8) Z.B. Zulassung von Spielbanken (§ 33 h Nr. 1 GewO; Spielbankengesetz v. 14.7.1933 (RGBl. I S. 480))

Nach § 1 Abs. 2 HO ist "der selbständige Betrieb eines Handwerks ... nur den in der Handwerksrolle eingetragenen ... Personen und Personengesellschaften ... gestattet." Es handelt sich hier damit eindeutig um ein "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt", denn nicht die selbständige Handwerksausübung als solche soll ausgeschlossen werden, vielmehr soll sie erst nach Erfüllung bestimmter Voraussetzungen zulässig sein.

Anknüpfungspunkte für die materiellen Maßstäbe sind die Person des Gewerbetreibenden (Tätigkeitserlaubnisse), das sachliche Substrat des Gewerbebetriebes (Anlagenerlaubnisse)¹ oder der Betrieb als Einheit von Tätigkeiten und Sachen (Betriebserlaubnisse)². Die Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle sind in § 7 HO aufgeführt. Danach ist grundsätzlich der Nachweis von Kenntnissen und Fertigkeiten zu führen,³ sei es vom Gewerbetreibenden (Prinzip des Inhaber-Befähigungsnachweises), sei es vom Betriebsleiter.⁴ Die Eintragung in die Handwerksrolle wird damit von Eigenschaften der Person abhängig gemacht; sie gestattet nur dem Eingetragenen die selbständige Ausübung eines (bestimmten) Handwerks, es handelt sich somit um eine Tätigkeitserlaubnis.

Gestattungen der Behörden können weiter danach unterschieden werden, ob es sich um freie oder gebundene Erlaubnisse handelt.⁵ Ohne jeglichem Zweifel geht es bei der Handwerksrollen-Eintragung um eine Gestattung letzterer Art, denn der Wortlaut des § 7 HO ("wird eingetragen, wenn", "sind einzutragen wenn ...") ist eindeutig und zudem müssen Gewerbeerlaubnisse immer gebundene Erlaubnisse sein, da freie Gestattungen unzulässig sind, soweit durch sie die

1) Z.B. § 24 GewO, § 4 BImSchG

2) Z.B. § 3 GaststG; § 9 i.V.m. § 13 PBefG; § 8 i.V.m. § 10 GüKG

3) Ausnahmen: § 7 Abs. 6 i.V.m. § 4 HO; § 119 HO

4) Das sog. Betriebsleiter-Prinzip gelangt zur Anwendung bei juristischen Personen und Personengesellschaften (§ 7 Abs. 4 HO) und bei Nebenbetrieben (§ 7 Abs. 5 HO)

5) Vgl. hierzu Wolff, Hans J.; Bachof, Otto, Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, München 1974, § 48 II a 4, S. 404 (zukünftig zitiert: Wolff-Bachof)

Gewerbe- und Berufsfreiheit beschränkt wird.¹ Dies bedeutet, daß bei Vorliegen der sachlichen (zulassungspflichtigen) und persönlichen Voraussetzungen die Erlaubnis erteilt werden muß. Der Handwerkskammer ist keinerlei Ermessen eingeräumt; auch darf sie die Eintragung nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig machen.²

Da es sich bei Erlaubnissen, Genehmigungen, Konzessionen usw. nach wohl herrschender Meinung um sog. mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte handelt,³ bedarf es der Klärung, ob bei der Handwerksrollen-Eintragung ebenfalls ein solcher Akt vorliegt. Von einem mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt wird dann gesprochen, wenn der Antrag auf Erlass des Aktes eine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit⁴ und/oder Wirksamkeit des behördlichen Handelns bildet⁵ und damit das Fehlen der Mitwirkung (Antrag) des Betroffenen schwebende Unwirksamkeit,⁶ Nichtigkeit⁷ oder zumindest Anfechtbarkeit des Verwaltungsaktes zur Folge hat.

1) Vgl. Henke, Leitfaden, S. 56

2) Vgl. hierzu auch die Ausführungen auf S. 189

3) Vgl. Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973,¹ § 11, S. 211; Henke, Leitfaden, S. 44. Wolff-Bachof (§ 48 II) betrachten diese Gestattungen unter dem Oberbegriff mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte, und sehen in den Erlaubnissen die Untergruppe der zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakte. Jellinek (J. Wilhelm, Verwaltungsrecht, Berlin 1928, S. 242 ff) spricht von einem zweiseitigen Verwaltungsakt. (Zur Kritik hieran vgl. Wolff-Bachof, § 48 IV, S. 408.)

4) Fröhler (Fr., Ludwig, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, Bad Wörishofen 1969, S. 32; zukünftig zitiert: Fröhler, Zur Eintragung) spricht bereits dann von einem mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt, wenn der Antrag Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Aktes ist. Diese Auffassung erscheint zu eng, denn dann wären z.B. die Wolff-Bachof'schen zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakte keine mitwirkungsbedürftigen, da diese auch ohne Mitwirkung rechtmäßig sein können.

5) Dies ergibt sich aus den Ausführungen von Wolff-Bachof, § 48 II, III, S. 403, 408

6) So Wolff-Bachof, § 48 II, S. 403

7) So Forsthoff, E., a.a.O., § 11, S. 213; Jellinek, W., a.a.O., S. 242, 263; Huber, E.R., a.a.O., S. 698

Die Fragestellung ist für den Fall der Handwerksrollen-Eintragung unproblematisch, denn nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 10 Abs. 1 HO kann die Eintragung auch von Amts wegen vorgenommen werden, so daß eine Antragstellung durch den Gewerbetreibenden entbehrlich ist. Das Fehlen eines Antrages berührt daher die Rechtmäßigkeit und/oder Wirksamkeit des Eintragungsaktes nicht; die Erlaubniserteilung nach der Handwerksordnung stellt folglich keinen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt dar.¹ Es braucht nicht einmal nur kein Antrag vorzuliegen, sondern die Eintragung kann auch gegen den Willen des Gewerbetreibenden vorgenommen werden, wie sich aus der Gesamtschau der §§ 6, 7 und 10 HO eindeutig ergibt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um einen Haupt- oder Nebenbetrieb handelt²; sobald der Leiter des Nebenbetriebes die handwerksrechtlichen Voraussetzungen erfüllt und auch die sonstigen Kriterien vorliegen, muß der Betriebsinhaber in die Handwerksrolle eingetragen werden.

Die Handwerksrollen-Eintragung stellt sich somit als gebundene Erlaubnis in der Form eines rechtsgestaltenden, nicht-mitwirkungsbedürftigen und begünstigenden Verwaltungsaktes dar.

Neben dieser rechtlich als Erlaubniserteilung zu qualifizierenden Funktion kommen der Eintragung bzw. dem gesamten Verzeichnis noch andere Aufgaben zu. Diese sollen nun in einem Überblick dargestellt werden.

-
- 1) Im Ergebnis ebenso Fröhler, Zur Eintragung, S. 33. Ihm kann allerdings nicht gefolgt werden, wenn er den Eintragungsantrag rechtlich lediglich als Anregung an die Handwerkskammer qualifiziert, mit der der Einzutragende die Eintragung von Amts wegen beschleunigt. Dies kann schon deshalb nicht so sein, weil der Antragsteller im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen ein (klagbares) subjektives öffentliches Recht besitzt, während dies bei bloßen Anregungen nicht der Fall ist.
- 2) Vgl. hierzu OVG Münster v. 15.10.58 OVGE 14, 127 (127)

112. Die sonstigen Funktionen der Handwerksrollen- Eintragung

Durch die Gesetzesnovelle zur Reichsgewerbeordnung vom 11. Febr. 1929 (RGBl. I S. 21)¹ wurde den Handwerkskammern die Einrichtung eines Verzeichnisses zur Pflicht gemacht, in das diejenigen Gewerbetreibenden einzutragen waren, die im Zuständigkeitsbereich der Handwerkskammer selbständig ein Handwerk als stehendes Gewerbe ausübten.² Da die Aufnahme in dieses Verzeichnis keine privatrechtlichen Folgen, wie z.B. die Eintragung in das Handelsregister haben, sondern nur von öffentlich-rechtlicher Bedeutung sein sollte, hat man - der traditionellen Gesetzessprache folgend - von der Bezeichnung Handwerks- oder Handwerkerregister Abstand genommen und den Namen Handwerksrolle gewählt. Damit wurde auch eine im Handwerk traditionelle Namensgebung, wie etwa die mittelalterlichen Bezeichnungen Lehrlingsstammrollen und Zunftrollen zeigen, fortgesetzt.³ Anlaß für den Gesetzgeber,⁴ die Handwerkskammern zur Anlegung eines solchen Verzeichnisses zu verpflichten, waren die ständigen Streitigkeiten zwischen Handwerkskammern und den Industrie- und Handelskammern über die Zugehörigkeit einzelner Betriebe und damit der Beitragspflicht, sowie die Notwendigkeit, Grundlagen für die Wahlen zu den Handwerkskammern⁵ und

1) Teilweise modifiziert durch G zur Änderung der Handwerksnovelle vom 1.3.30 (RGBl. I S. 31)

2) Vgl. § 104 a d.G.

3) Vgl. Bennemann, Otto, Die Betriebsstruktur als maßgebliche Bewertungsgrundlage für die Eintragung von Betrieben in die Handwerksrolle, Diss. Köln 1934, S. 3

4) Vgl. Begründung zur Gesetzesnovelle

5) Die Novelle von 1929 brachte eine Änderung des Wahlrechts zu den Handwerkskammern. Wurden die Mitglieder der Kammern nach dem Wahlrecht von 1897 von den Handwerkerinnungen, den Gewerbevereinen und sonstigen einschlägigen Vereinigungen gewählt (vgl. § 103 a des Gesetzes betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung v. 26. Juli 1897 (RGBl. S. 663)), stellten die Handwerkskammern somit lediglich Vertretungen des organisierten Handwerks dar, so sollten durch die Änderung des Wahlrechts die Kammern Vertretungen des ganzen Berufsstandes werden. Die Eintragung eines Betriebes in die Handwerksrolle sollte von nun an für das Wahlrecht zur Handwerkskammer entscheidend sein.

statistische Unterlagen über Umfang und wirtschaftliche Bedeutung des Handwerks als Basis für wirtschaftspolitische Entscheidungen zu erlangen. Darüber hinaus war die Eintragung in die Handwerksrolle von Bedeutung für die Zugehörigkeit zu den (fakultativen) Zwangsinnungen.¹ Die Rolle brachte erstmalig eine allgemeine und lückenlose Zusammenfassung aller dem Handwerksstande angehörigen Gewerbetreibenden² und sollte für die Zukunft zu einem wichtigen Instrument handwerklicher Berufsstandspolitik werden.³

Durch die am 18.1.1935 erlassene 3. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks (RGBl. I S. 15), in der Fassung der Verordnung vom 22.1.1936 (RGBl. I S. 42), erhielt die Handwerksrolle ihre entscheidende Bedeutung. Stellte sie bisher nur die amtliche Registrierung aller selbständigen Handwerker des Kammerbezirkes dar, so blieb ihr diese Aufgabe zwar erhalten, aber mit der relevanten Modifizierung, daß sie von nun an als Verzeichnis aller derjenigen selbständigen Handwerker zu führen ist, die ihr Handwerk berechtigt ausüben. Durch die 3. Handwerkerverordnung wurde der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe von der Eintragung des Gewerbetreibenden in die Handwerksrolle abhängig gemacht.

Diese verschiedenen Bedeutungsinhalte hat die Eintragung heute noch. Die wesentlichste Eigenschaft liegt dabei in der rechtlichen Qualifizierung als Erlaubniserteilung. Daneben kommt dem Verzeichnis selbst, wegen der lückenlosen Erfassung aller selbständigen Handwerker und den daraus sich ergebenden Möglichkeiten der Erforschung dieses Wirtschaftssektors, Bedeutung für die handwerkliche Berufsstandspolitik und die allgemeine Wirtschaftspolitik zu.

1) Vgl. § 100 f d.G.

2) Vgl. Schlitzer, Wilhelm, Die organisatorische Abgrenzung von Handwerk und Industrie, Stuttgart 1941, S. 14

3) Zur Novelle von 1929 insgesamt vgl. Kattentidt, Gerhard, Der Einfluß der Handwerksnovelle vom 11.Febr. 1929 auf die Organisation des Handwerks sowie auf die Abgrenzung zwischen "Handwerk" und "Nicht Handwerk", Diss. Köln 1934, S. 8 ff; Hutzelmann, Kurt, Die Handwerksnovelle, Diss. Jena 1930

Weiter stellt die Rolle in organisationsrechtlicher Sicht die Grundlage für die Zugehörigkeit zur Handwerkskammer (§ 90 HO), den Beitritt zur einschlägigen Handwerksinnung (§ 52 HO) und die Zugehörigkeit zu einer Innungskrankenkasse (§ 250 RVO) dar. Schließlich ist die Eintragung ausschlaggebend für die Rentenversicherung des Gewerbetreibenden nach dem Handwerkerversicherungsgesetz.¹

Angesichts dieser Bedeutungsinhalte, die die Aufnahme in die Handwerksrolle hat, liegt es nahe, den strafrechtlichen Aspekt einer erschlichenen Eintragung zu untersuchen.

113. Handwerksrollen-Eintragung und § 271 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes kommt der Handwerksrolle die rechtliche Natur eines öffentlichen Registers zu.² Umstritten ist nun, ob die Bewirkung einer unrichtigen Eintragung in dieses Verzeichnis den Tatbestand der mittelbaren Falschbeurkundung (§ 271 StGB) erfüllt. Die Rechtsprechung hatte sich, soweit ersichtlich, mit diesem Spezialproblem bisher nur in vier Fällen zu befassen.³ Während dabei das AG Nürnberg die Beweiserheblichkeit der Rolleneintragung auch auf die Gesellschaftsform des Betriebes bezog und das AG Kandel einen Scheinvertrag über die Einstellung eines Betriebsleiters zu beurteilen hatte und in beiden Fällen der Tatbestand des § 271 StGB als erfüllt angesehen wurde, kommt das BayObLG in dem erwähnten Beschluß, bei dem gleichfalls ein Scheinvertrag über die Einstellung eines Betriebsleiters zu qualifizieren war, zu dem entgegengesetzten Ergebnis. Die (vorsätzliche) Herbeiführung unrichtiger Eintragungen in der Handwerksrolle könne danach nicht zu einer Verurteilung nach § 271 StGB führen.

-
- 1) Vgl. § 1 des Gesetzes über eine Rentenversicherung der Handwerker (Handwerkerversicherungsgesetz - HwVG) vom 8. Sept. 1960 (BGBl. I S. 737)
 - 2) Vgl. BVerwG v. 25.9.69 BVerwGE 34,56(62) = GewA 70, 10(12); ebenso AG Kandel v. 7.10.66 GewA 67,224(224), AG Nürnberg v. 26.2.69 GewA 69,163(163), BayObLG v. 15.1.71, GewA 71,88 (88) = NJW 71,634(634)
 - 3) AG Kandel/Pfalz v. 7.10.66 GewA 67,224; AG Nürnberg v. 26.2.69 GewA 69,163; AG Zweibrücken v. 21.7.70 ZöLf. 11/71 VI M, zitiert nach Eyer mann-Fröhler-Monig 1973, Anm. 1 zu § 6; BayObLG v. 15.1.71 GewA 71,88 = NJW 71,634

Das AG Kandel hatte sich auf folgenden Standpunkt gestellt: Die Handwerksrolle sei ein mit öffentlichem Glauben versehendes öffentliches Register. Sie sei dazu bestimmt, für und gegen jedermann Beweis über die Wahrheit der darin bezeugten Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen zu erbringen. Sie sei somit ein Register im Sinne des § 271 StGB. Die Bewirkung einer Falscheintragung stelle sich dann als ein Vergehen der mittelbaren Falschbeurkundung nach § 271 StGB dar.¹ Das BayObLG betrachtet die Handwerksrolle zwar auch als öffentliches Register im Sinne des § 271 StGB, Gegenstand einer strafbaren Falschbeurkundung könnten indes nur solche Eintragungen in Urkunden, Bücher oder Register sein, welche die Wahrheit der darin bezeugten Erklärung, Verhandlung oder Tatsache für und gegen jedermann beweisen, die also öffentlichen Glauben genießen. Soweit diese allgemeine Beweiskraft versage, komme § 271 StGB nicht in Betracht. Ob und inwieweit Eintragungen in Register mit allgemeiner Beweiskraft ausgestattet seien, hänge von den für die Errichtung und den Zweck des Registers maßgebenden Vorschriften ab, wobei auch die Auffassung des Rechtsverkehrs bedeutsam sein könne. Bis hierher stimmen die Auffassungen der Gerichte weitgehend überein;² bezüglich der Beweiserheblichkeit der Handwerksrollen-Eintragung ergeben sich dagegen unübersehbare Divergenzen. Denn während das AG Nürnberg die Beweiserheblichkeit auch auf die eingetragene Gesellschaftsform, insbesondere aber darauf erstrecken möchte, daß ein Handwerk von mehreren in Form einer Gesellschaft ausgeübt wird, stellt sich das BayObLG auf den Standpunkt, die Eintragungen in der Handwerksrolle seien weder mit Gutgläubensschutz noch mit negativem Publizitätsschutz ausgestattet.

1) Vgl. AG Kandel v. 7.10.66 GewA 67, 224(224)

2) Sie stellen insoweit die h.M. zu § 271 StGB dar, vgl. Dreher, Eduard, Strafgesetzbuch, 32. Auflage, München 1970, Anm. 2 A zu § 271; Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, Berlin 1969, S. 416; Jagusch, Heinrich u.a., Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), Berlin 1958, Anm. 8 vor § 267, S. 505 (zukünftig zitiert: Leipziger Kommentar); Maurach, Reinhart, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, Karlsruhe 1964, S. 467f; Petters-Preisendanz, Strafgesetzbuch, Berlin 1970, S. 466 Anm.4, S. 467 Anm. 5

Es verweist hierbei darauf, daß z.B. kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften dem Grundbuch öffentlicher Glaube zukomme (§§ 892, 1138 BGB), bestimmte Eintragungen in den Personenstandsbüchern und Personenstandsurkunden vollen Beweis lieferten (§§ 60, 66 PStG) und das Vertrauen Dritter auf bekanntgemachte Handelsregister-Eintragungen geschützt würde (§ 15 HGB), wohingegen es an ähnlichen gesetzlichen Bestimmungen für die Handwerksrolle fehlen würde. Weiter sei nirgends ersichtlich, daß sich eine Auffassung herausgebildet hätte, auf Grund deren Eintragungen in der Handwerksrolle mit besonderer Schutzwirkung gegenüber Dritten versehen wären.^{1.2}

Nach herrschender Auffassung begeht - abgekürzt - eine mittelbare Falschbeurkundung im Sinne des § 271 StGB, wer "vorsätzlich die Beurkundungsbefugnis einer ... Beurkundungsperson zur Ausstellung einer inhaltlich unwahren Urkunde mißbraucht."³ § 271 StGB will die Beweiskraft öffentlicher Urkunden sicherstellen. Soweit diese allgemeine Beweiskraft versagt, kann die erwähnte Vorschrift nicht zur Anwendung gelangen.⁴

Es gilt folglich zu klären, ob und inwieweit Eintragungen in der Handwerksrolle mit allgemeiner Beweiskraft ausgestattet sind. Dies hängt - wie bereits erwähnt - von den für die Errichtung und den Zweck der Handwerksrolle maßgebenden Vorschriften ab; entscheidend kann aber auch die Auffassung des Rechtsverkehrs sein.⁵

1) Vgl. BayObLG v. 15.1.71 GewA 71,88(88)

2) Das BayObLG weist abschließend auf die Möglichkeit einer Ordnungswidrigkeit im Sinne von §§ 118 Abs. 1 Nr. 1, 16 Abs. 2, 7 Abs. 4 HO hin.

3) Maurach, R., a.a.O., S. 468

4) H.M., siehe Anmerkung 2 vorige Seite; vgl. auch RG v. 21.5.87 RGSt. 16,87(88), v. 12.12.89 RGSt. 20,249(250), v. 4.6.91 RGSt. 22,60(62), v. 6.11.93 RGSt. 24,360(361), v. 14.11.99 RGSt. 32,386(387), v. 22.12.06 RGSt. 39,346(346), v. 4.6.12 RGSt. 46,112(113), v. 3.10.12 RGSt. 46,290(296), v. 23.5.27 RGSt. 61,304(304), ständige Rechtsprechung des Reichsgerichtes

5) Vgl. RG v. 2.1.40 RGSt. 74,26(32) a.A. RG v. 22.12.24 RGSt. 59,13(18), hier wurde allein auf die gesetzlichen Vorschriften abgestellt

Werfen wir zunächst einen Blick auf die Rechtslage bei anderen Registern. Hier ist Tatsache, daß in vielen Fällen durch eine Urkunde nur die Abgabe bestimmter Erklärungen durch eine bestimmte Person bewiesen wird. Dies wird anerkannt für die Anmeldung zum Handelsregister¹ und zum Vereinsregister.² "Die Eintragungen im Handelsregister sind ... öffentliche Urkunden über Erklärungen,³ Anmeldungen, nicht über Tatsachen,³ welche den Gegenstand der Erklärung bilden; bewiesen wird durch diese Urkunde nur, daß durch die Anmeldungen gewisse Erklärungen abgegeben wurden, dagegen werden die Tatsachen, auf welche sich die Erklärungen beziehen, durch das Handelsregister an sich nicht festgestellt ... Die von dem Registerrichter über die Anmeldung einer Firma aufgenommene Urkunde beweist also nur, daß, wann und von wem eine Firma, und welche angemeldet³ worden ist. Sie beweist nicht, daß die Anmeldung auch richtig, daß der Anmeldende wirklich ein kaufmännisches Geschäft auf diesen Namen führt."⁴ Die inhaltliche Richtigkeit der Erklärung wird hierdurch also nicht erwiesen. Ebenso gilt von der Eintragung in das Vereinsregister, daß "sie nicht die Tatsache der Vereinsgründung beweiskräftig feststellt, sondern nur die Anmeldung entsprechenden Inhalts."⁵ Nicht auf dieser Linie liegt das Reichsgericht dagegen mit seiner Entscheidung vom 23./30.6.91 RGSt. 22,118. Dort hatte die Angeklagte die Eintragung falscher Eltern eines unehelichen Kindes in das Taufregister bewirkt. Das Reichsgericht sah hier den Tatbestand des § 271 StGB erfüllt, obwohl sich aus dem Taufregister folgerichtig doch nur die Tatsache der Taufe ergeben dürfte. Wenn das RG daher ausführt, daß unter öffentlichen Büchern und Registern im Sinne des § 271 StGB nur solche Bücher und Register zu verstehen seien, welche öffentlichen Glauben besitzen, also authentisch für und gegen jedermann den Beweis der darin enthaltenen Beurkundungen liefern, so kann dies nur so gedeutet werden, daß

1) Vgl. RG v. 5.11.88 RGSt. 18,170(180)

2) Vgl. RG v. 23.5.27 RGSt 61,304(305)

3) Hervorhebung im Original

4) Vgl. RG v. 5.11.88 RGSt. 18,179 (180)

5) RG v. 23.5.27 RGSt. 61,304(305)

das RG hier eben nicht nur die tatsächliche Handlung beurkundet wissen will, sondern auch den Inhalt abgegebener Erklärungen. Die Rechtsprechung des RG kann somit nicht als einheitlich bezeichnet werden, wird aber gleichwohl als Argument heranzuziehen sein.

Weiter erweisen Personenstandseintragungen im Heiratsbuch, im Geburten- und Sterbebuch die angemeldeten und eingetragenen Heiraten, Geburten sowie Todesfälle und die darüber in den Eintragungen gemachten näheren Angaben.¹ Die Beweiskraft erstreckt sich somit nicht nur auf die Tatsache der Anmeldung, sondern Geburt, Heirat und Tod werden als erwiesen beurkundet. Im Unterschied zur Handwerksrollen-Eintragung liegen hier aber ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen über die Beweiskraft vor.²

Dem Beschluß des BayObLG ist zuzustimmen.³ Ergänzend zu den dort angeführten Argumenten kann angeführt werden: Urkunden-delikte sind Beweisverbrechen. Angriffsgegenstand ist nicht die Urkunde selbst, sondern die Sicherheit und Verlässlichkeit der Beweisführung mit Urkunden.⁴ Es ist daher zu fragen, zu welcher Beweisführung die Handwerksrolle geeignet ist und bestimmt wurde.

Der in der Handwerksrolle Eingetragene erwirbt verschiedene Rechte und Pflichten. U.a. auch das Recht, das mit der Eintragung bezeichnete Handwerk auszuüben - auch wenn die Voraussetzungen der Eintragung zu Unrecht angenommen worden sind.⁵ Der Eintragung kommt somit konstitutive Bedeutung zu. Sie sagt aus, daß die eingetragene Person das bezeichnete Handwerk berechtigt ausübt, daß dieser Person für den Kammerbezirk die Erlaubnis zum Betreiben des unter präventivem gesetzlichen Verbots der handwerklichen Betätigung sich befindenden Gewerbes erteilt wurde. Nicht dagegen ist die

1) Vgl. Dreher, E., a.a.O., Anm. 2 Ad zu § 271

2) Vgl. die Bestimmungen über die Beweiskraft der Personenstandsbücher und -urkunden, §§ 60,66 PStG

3) A.A. Honig, Gerhart, Bedenkliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Handwerksordnung, GewA 75,182(182) (zukünftig zitiert: Honig, Rechtsprechung)

4) So Leipziger Kommentar, Bem. 2 vor § 267

5) Vgl. VG Ansbach v. 20.5.66 GewA 66,275(276)

Handwerksrolle dazu bestimmt, Dritten Auskunft über die vom Betriebsinhaber nachgewiesenen persönlichen Eintragungsvoraussetzungen (Meisterprüfung, Ausnahmegewilligung, usw.) zu geben.¹ Die Eintragung in der Handwerksrolle beweist ebenso wie die Eintragung in das Handelsregister² oder das Vereinsregister³ nicht die Wahrheit des Inhalts; sie beweist nur, daß einer Person ab einem bestimmten Zeitpunkt die Erlaubnis zum Betreiben eines bestimmten Handwerks erteilt wurde. Eine Beweisfunktion dahingehend, daß es sich bei der in der Handwerksrolle eingetragenen Personengesellschaft auch tatsächlich um eine solche handelt, und daß nicht etwa nur ein Scheinvertrag abgeschlossen wurde, kommt dieser Eintragung nicht zu. Das gleiche gilt für Scheinverträge mit "Betriebsleitern". Daß sich eine etwaige andere Rechtsauffassung gebildet hätte, ist nicht ersichtlich. Es entfällt somit die Anwendbarkeit des § 271 StGB.

Über die Eintragung in die Handwerksrolle hat die Handwerkskammer eine Bescheinigung,⁴ die sog. Handwerkskarte⁵ auszustellen. Hierauf hat der Gewerbetreibende einen Rechtsanspruch, der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren durchsetzbar ist. Die Handwerkskarte hat nun gewisse Ausweisfunktionen zu erfüllen. So sind aus ihr ersichtlich, mit welchen Handwerken ihr Inhaber in die Handwerksrolle eingetragen ist und welchen Meistertitel er berechtigt führen darf. Weicht der Inhalt der Handwerkskarte vom Inhalt der Handwerksrollen-Eintragung ab,⁶ so ist letztere maßgebend,⁷ denn die Berech-

-
- 1) Vgl. Fröhler, Ludwig; Dannbeck, Siegmund, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung dargestellt anhand der Rechtsprechung, München 1971 (zukünftig zitiert: Fröhler, Berufszulassungsrecht), S. 73 unter Hinweis auf VG Ansbach v. 20.5.66 GewA 66,275
 - 2) Vgl. RG v. 5.11.88 RGSt. 18,179(180)
 - 3) Vgl. RG v. 23.5.27 RGSt. 61,304(305)
 - 4) Zu deren Wortlaut vgl. § 6 der Verordnung über die Einrichtung der Handwerksrolle und den Wortlaut der Handwerkskarte vom 2.März 1967 (BGBl. I S. 274)
 - 5) Die Bezeichnung 'Handwerkskarte' erscheint nach Schüler (Sch., Felix, Meistertitel und Handwerkskarte, Berlin 1935, S. 48) erstmals in der vom Danziger Senat erlassenen 'Rechtsverordnung, betreffend die Einführung der Handwerkerkarte' v. 25.2.1932 (Gesetzblatt für die Freie Stadt Danzig, S. 118 ff)
 - 6) Was insbesondere bei befristeten Ausnahmegewilligungen geschieht, da die Befristung - im Unterschied zur Handwerksrolle - nicht in die Handwerkskarte eingetragen wird
 - 7) Vgl. VGH Bad.-W. v. 18.3.74 GewA74,341(342)

tigung zur (selbständigen) Ausübung eines Handwerks als stehendes Gewerbe ist nach § 1 HO von der Eintragung in der Handwerksrolle - und nur von dieser - abhängig; gegenteilige Eintragungen in der Handwerkskarte sind daher unbeachtlich.¹ Dennoch muß auch hier die Frage nach einer möglichen mittelbaren Falschbeurkundung im Sinne des § 271 StGB gestellt werden.

Wird die Handwerkskammer bei der Ausstellung einer Handwerkskarte durch den Antragsteller vorsätzlich über die erfolgreiche Ablegung einer Meisterprüfung getäuscht und die Berechtigung zur Führung des Meistertitels beglaubigt, so handelt es sich um eine mittelbare Falschbeurkundung im Sinne des § 271 StGB.

Aus der Handwerkskarte geht zwar auch der Name bzw. die Firma des Eingetragenen hervor, hier wird aber nur bestätigt, daß derjenige in die Handwerksrolle eingetragen ist, und dies trifft ja zweifellos zu. Insoweit handelt es sich um keine Falschbeurkundung. Zur Führung eines Meistertitels, dessen Berechtigung hierin gleichfalls beglaubigt wird, ist aber nur berechtigt, "wer für dieses Handwerk oder für diese Handwerke die Meisterprüfung bestanden hat" (§ 51 HO). Und gerade hierüber wurde die Handwerkskammer getäuscht und hat dies falsch beurkundet. Da sich die Beweiskraft der Handwerkskarte, wie sich aus ihrem Wortlaut ergibt, u.a. auch hierauf erstreckt, gelangt § 271 StGB zur Anwendung.

Noch einmal: Die Anwendbarkeit des § 271 StGB findet ihre Grenze dort, wo die Beweiserheblichkeit der Urkunde, des Registers endet. Die Handwerkskarte stellt eine solche Urkunde dar. Deren Beweiserheblichkeit erstreckt sich neben der Berechtigung zum Betreiben eines Handwerks auch auf die Berechtigung zur Führung des Meistertitels. Beide Berechtigungen werden durch die Ausstellung der Handwerkskarte beurkundet. Wegen der konstitutiven Wirkung der (erfolgten) Handwerksrollen-Eintragung liegt aber - selbst bei erschlichener Eintragung - keine mittelbare Falschbeurkundung

1) Vgl. OVG Münster v. 6.11.63 GewA 64,165(165)

vor. Das Recht zur Führung des Meistertitels kann aber nur über die erfolgreich abgelegte Meisterprüfung erlangt werden (§ 51 HO). Wenn daher die Handwerkskammer über die erfolgreiche Ablegung der Meisterprüfung getäuscht wird, dann beurkundet sie inhaltlich Unwahres, auf das sich die Beweiserheblichkeit der Handwerkskarte erstreckt. Dies unterliegt der Strafvorschrift des § 271 StGB.

Nachdem nunmehr die Rechtsnatur der Handwerksrollen-Eintragung durch ihre Haupt- und Nebenfunktionen eingehend dargestellt und auch unter dem strafrechtlichen Aspekt einer mittelbaren Falschbeurkundung untersucht wurde, soll deren Wesen jetzt unter dem Gesichtspunkt ihrer Rechtswirkungen beschrieben werden.

12. Die Rechtswirkungen der Handwerksrollen-Eintragung

121. Die konstitutive Wirkung

Da der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nach § 1 HO nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet ist, kommt der Eintragung in die Handwerksrolle rechtsbegründende Wirkung zu. Erst durch diese Eintragung wird die Berechtigung zum selbständigen Betrieb eines Handwerks erlangt. Der Nachweis der Befähigung allein genügt nicht zur berechtigten Ausübung des einschlägigen Handwerks. Somit ist die Erteilung des Befähigungsnachweises noch nicht als Gewerbeerlaubnis aufzufassen; sie besagt lediglich, daß der Geprüfte nach Ansicht der Prüfer zur selbständigen Ausübung des betreffenden Handwerks geeignet sei.¹

Die berechtigte Ausübung eines Handwerks hängt allein von dem formalen Akt der Handwerksrollen-Eintragung ab. Dies gilt für alle Rechtspositionen, die einen Anspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle gewähren.

1) Vgl. § 46 Abs. 2 S. 1 HO

Das BayObLG gelangt entgegen der hier vertretenen Auffassung zu dem Ergebnis,¹ daß hinsichtlich der Berechtigung zur selbständigen Handwerksausübung, der Eintragung in die Handwerksrolle nach § 112 HO 1953² nur deklaratorische Bedeutung zukomme.^{3.4}

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden; sie ist zu Recht in der Literatur auf Ablehnung gestoßen.⁵

Das BayObLG führt zunächst aus, daß schon der Wortlaut des einschlägigen Paragraphen, für die Richtigkeit seiner Auffassung spräche. Die Meinung, auch in diesen Fällen habe die Eintragung konstitutive Bedeutung, die Berechtigung das Handwerk zu betreiben entstehe also erst mit der Eintragung, sei mit den Worten, die vorhandene Berechtigung bleibe bestehen, nicht vereinbar. Dem BayObLG ist zuzugestehen, daß der Wortlaut des § 112 HO 1953 auf den ersten Blick für diese Auffassung zu sprechen scheint. Diese Darstellung wird jedoch dem Sinn der Regelung nicht gerecht. Anliegen des § 112 HO 1953 ist es, den Besitzstand der Gewerbetreibenden im relevanten Zeitpunkt zu wahren. Wer berechtigt ein Handwerk ausübte, dem sollte dies auch in Zukunft gestattet sein. Die Aussage des § 112 HO 1953 geht damit dahin, daß, unabhängig davon, worauf sich die Berechtigung stützt, diese Berechtigung aufrechterhalten bleiben soll. Den nach § 112 HO 1953 Privilegierten sollte damit eine materielle Berechtigung eingeräumt werden, zu deren legitimen Inanspruchnahme es der formellen Voraussetzung der Eintragung in der Handwerksrolle bedarf. Das BayObLG geht zu undifferenziert vor: Es unterscheidet nicht nach formeller und materieller Handwerksberechtigung, wie sie der Handwerksordnung zugrunde

1) Vgl. Beschluß vom 24.8.65 GewA 66,89

2) § 112 HO 1953 entspricht insoweit § 119 HO

3) Ebenso VG Kassel v. 4.9.63 GewA 64,87(87) und Perkuhn, Fritz, Aktuelle Probleme der Handwerksordnung, GewA 67, 52(56) (zukünftig zitiert: Perkuhn, Probleme); vgl. auch Perkuhn, Fritz, Handwerksrollen-Eintragung mit rückwirkender Kraft?, DHBf. 65,453(454) (zukünftig zitiert: Perkuhn, Eintragung)

4) Lediglich hinsichtlich der durch die Handwerksordnung neu geschaffenen Rechte und Pflichten der selbständigen Handwerker wirke die Eintragung nach § 112 HO 1953 konstitutiv

5) Vgl. Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 57; Dannbeck, Siegmund, Anmerkung zu BayObLG vom 24.8.65, GewA 66,90; Honig, Gerlach, Probleme um § 119 HwO, GewA 66,43(244) (zukünftig zitiert: Honig, Probleme); Honig, Rechtsprechung, GewA 66,11(122)

liegt. Die Grundvorschrift der berechtigten selbständigen Ausübung eines Handwerks als stehendes Gewerbe findet sich in § 1 Abs. 1 HO. Nach dessen klaren und eindeutigen Wortlaut sind nur die in der Handwerksrolle Eingetragenen zur selbständigen Ausübung eines Handwerks als stehendes Gewerbe berechtigt. Es wird also ausschließlich auf das rein formale Erfordernis der Handwerksrollen-Eintragung abgestellt. Die formelle Berechtigung ist damit scharf von der materiellen zu trennen. Würde man der Auffassung des BayObLG folgen, so würde § 112 HO 1953 eine Ausnahme vom Grundsatz des § 1 HO bedeuten. Dieser Sinngehalt kommt dem § 112 HO 1953 aber nicht zu. Es sollte nicht eine Ausnahmeregelung geschaffen, sondern ein weiterer Rechtsanspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle gewährt werden. Erwägungen in Richtung der Meinung des BayObLG würden einen - nicht notwendigen - konzeptionellen Bruch bedeuten, da formelle und materielle Berechtigungen in den übrigen einschlägigen Bestimmungen der Handwerksordnung getrennt behandelt werden: Wer die Meisterprüfung abgelegt hat oder eine Ausnahmewilligung besitzt, ist damit nur materiell berechtigt, ein Handwerk auszuüben; die formelle Berechtigung wird erst durch die Eintragung in der Handwerksrolle erlangt. Wenn das BayObLG weiter argumentiert, daß nach der hier vertretenen Meinung, die begünstigten Handwerker, die in den Ländern der früheren amerikanischen Besatzungszone ein Handwerk ohne Eintragung betrieben haben, beim Inkrafttreten der Handwerksordnung ihren Handwerksbetrieb bis zur Eintragung hätten schließen müssen, andernfalls sie sich einer Ordnungswidrigkeit nach § 111 Abs. 1 Nr. 1 HO 1953 schuldig gemacht hätten, was aber gerade durch § 112 Abs. 1 HO 1953 vermieden werden sollte, so übersieht das Gericht, daß in diesen Fällen nicht unbedingt eine Ordnungswidrigkeit vorzuliegen brauchte, da eine Eintragung zumindest von Amts wegen hätte unverzüglich vorgenommen werden müssen, mithin die Tatbestandsmerkmale des § 111 HO 1953 nicht erfüllt gewesen wären. Anders ausgedrückt: Unterläßt der nach § 112 HO 1953¹ Privilegierte den Antrag auf Eintragung,

1) Es soll nochmals darauf hingewiesen werden, daß die gleiche Rechtslage bei § 119 HO vorliegt

dem die Handwerkskammer unverzüglich zu folgen hätte, dann trägt er hierfür die Schuld. Stellt er dagegen den Antrag, dann entfällt die Ordnungswidrigkeit, denn dann bestand die Pflicht der Handwerkskammer zur unverzüglichen Eintragung.¹ Insoweit wird der Privilegierte nicht anders gestellt als die nach §§ 7,8 HO zur Eintragung Berechtigten.

Es ist daher davon auszugehen, daß dieser Paragraph nur materiell-rechtlich privilegiert und damit (formell-rechtlich) nur e i n e Wurzel der möglichen Eintragungsvoraussetzungen darstellt. Zwischen den Berechtigungen nach §§ 7,8 HO und § 119 HO besteht in dieser Hinsicht kein Unterschied. Andernfalls wäre auch die Regelung des § 119 Abs. 2 HO überflüssig, denn dadurch soll - mit den Worten des Bundesverwaltungsgerichtes - darauf hingewirkt werden, daß alle nach § 112 Abs. 1 HO 1953 auch weiterhin zur selbständigen Ausübung eines Handwerks berechtigten Gewerbetreibende sobald als möglich auch förmlich in der Handwerksrolle erfaßt werden, die nach § 1 HO die formale Grundlage für die Berechtigung zur selbständigen Handwerksausübung bildet.² Gegen die lediglich deklaratorische Natur der Handwerksrollen-Eintragung in den Fällen des § 119 HO spricht auch, daß eine trotz Mangels der einschlägigen Voraussetzungen erfolgte Eintragung (nach § 119 HO) bis zur Löschung zur Ausübung des betreffenden Handwerks berechtigt, demnach der Eintragung eine durchgehende konstitutive Wirkung zukommt.³ Würde in § 119 HO lediglich auf die materiell-rechtliche Seite in dem Sinne abgestellt sein, daß eine Eintragung in die Handwerksrolle nicht konstitutiv wirke, dann wäre die Einrichtung der Handwerksrolle und das jederzeit leicht überprüfbare formelle Erfordernis der Handwerksrollen-Eintragung als Voraussetzung

1) So sind wohl auch Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 8 zu § 117 HO zu verstehen, wenn sie ausführen: "Die fehlende Handwerksrollen-Eintragung ist Tatbestandsmerkmal. Für die Erfüllung des Tatbestands ist es allein maßgebend, ob die Eintragung vorhanden ist oder von Amts wegen hätte vorgenommen werden müssen ..." (Hervorhebung durch den Verf.). Letzteres jedoch ist hier der Fall.

2) So BVerwG v. 17.4.64 GewA 64,249(250)

3) So Honig, Probleme, GewA 66,243(245 FN 26)

für die selbständige Handwerksberechtigung überflüssig, da auch ein Handwerksmeister an sich 'berechtigt' ist und doch unstreitig in die Handwerksrolle eingetragen sein muß, ehe er zur selbständigen Tätigkeit befugt ist.¹ Erfordernisse der täglichen Praxis sprechen damit auch für den konstitutiven Charakter der Handwerksrollen-Eintragung in den Fällen des § 119 HO.

Es ist daher davon auszugehen, daß es nur eine einzige einheitliche Handwerksausübungsberechtigung gibt, nämlich diejenige, welche gemäß § 1 Abs. 1 HO durch die Eintragung in die Handwerksrolle erworben wird. Diese (formelle) Berechtigung hat verschiedene (materielle) Wurzeln, die für sich noch nicht die zulässige Ausübung eines Handwerks als stehendes Gewerbe gestatten.

Diese Betrachtungsweise gilt für die Eintragung nach § 71 BVFG ebenso wie für die Eintragung nach dem Ehegatten- und Erbenprivileg, die Eintragung mit Hilfe einer Ausnahmebewilligung, die Eintragung mit einem verwandten Handwerk, usw.. In allen diesen Fällen wird nicht automatisch die Berechtigung zur Ausübung eines Handwerks geschaffen, sondern lediglich ein Anspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle; damit wirkt diese ausnahmslos konstitutiv.

Der Eintragung kommt darüber hinaus konstitutive organisationsrechtliche Bedeutung zu: Im Unterschied zur Regelung der Zugehörigkeit zur IHK, die bei Beginn eines Gewerbebetriebes automatisch eintritt,² folgt die ausnahmslose und zwingende³ Zugehörigkeit zur Handwerkskammer aus der Eintragung in die Handwerksrolle und damit aus der Berufszulassung.⁴ Demnach kommt es für die Kammerzugehörigkeit darauf an, ob der Gewerbetreibende in der Handwerksrolle eingetragen ist oder nicht. Es wird hier also nicht auf die tatsächliche Ausübung abgestellt. Betreibt jemand ein

1) So Honig, Probleme, GewA 66,243(245)

2) Vgl. § 2 IHKG

3) Das BVerfG hat in seinem Beschluß v. 19.12.62 BVerfGE 15, 235 = GewA 63,90 = BB 63,53 = BayVBl. 63,82 die Zwangszugehörigkeit zur IHK als verfassungsmäßig anerkannt; bezüglich der Pflichtzugehörigkeit zur Handwerkskammer bestehen daher wegen der gleichen Rechtslage keine verfassungsrechtlichen Bedenken

4) Vgl. § 90 Abs. 2 HO i.V.m. § 1 Abs. 1 HO

Handwerk selbständig als stehendes Gewerbe, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein, so kann er zwar mit einer Geldbuße belegt werden,¹ jedoch ist der Betreffende in einem derartigen Fall nicht selbständiger Handwerker im Sinne des § 1 Abs. 1 HO und gehört damit nicht zur Handwerkskammer, womit auch keine Verpflichtung zur Beitragszahlung entsteht.² Weiter wirkt die Handwerksrollen-Eintragung - wie bereits bei der Darstellung ihrer Funktionen ausgeführt wurde - konstitutiv für das aktive und passive Wahlrecht zur Vertretung des selbständigen Handwerks.³ Auch kann jeder selbständige Handwerker⁴ Mitglied der Innung für das betreffende Handwerk werden.⁵ Diese Innungen wiederum können für die ihnen angehörenden Betriebe Innungskrankenkassen errichten,⁶ damit wirkt die Handwerksrollen-Eintragung hier ebenfalls konstitutiv. Schließlich macht erst die Eintragung die Versicherung nach dem Handwerkerversicherungsgesetz möglich.⁷

Damit stellt sich die Frage, inwieweit betroffene Organisationen die von der Handwerkskammer in Form der Eintragung gestaltete Rechtslage zu beachten haben.

122. Die Drittbindungswirkung

Der Handwerksrollen-Eintragung kommt wie allen gestaltenden Verwaltungsakten Tatbestandswirkung zu. Allgemein spricht man von einer solchen, wenn z.B. Gerichte, Behörden oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften verpflichtet sind, auf der Basis der Rechtslage zu handeln, wie sie durch Akte anderer Gerichte oder Institutionen öffentlicher

1) Vgl. § 117 Abs. 1 Nr. 1 HO

2) Vgl. Kreppner, Oskar, Doppelzugehörigkeiten zur Industrie- und Handelskammer und zur Handwerkskammer, Diss. Würzburg 1961, S. 128 (zukünftig zitiert: Kreppner, Doppelzugehörigkeiten); Perkuhn, Fritz, Die Organisationszugehörigkeit einschließlich der Doppelzugehörigkeit von gewerblichen Unternehmen zu den Handwerkskammern und den Industrie- und Handelskammern, in: DB, Beilage Nr. 16/69 zu Heft 27 vom 4.7.1969, S. 3 (zukünftig zitiert: Perkuhn, Doppelzugehörigkeit)

3) Vgl. §§ 96, 97 HO

4) Das sind nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 HO die in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften

5) Vgl. § 58 Abs. 1 HO

6) Vgl. § 250 RVO

7) Vgl. § 1 Abs. 1 HwVG

Verwaltung geschaffen worden sind. Damit ist gemeint, daß diese Akte den Tatbestand bilden, von welchem das andere 'Ressort' als einer Gegebenheit auszugehen hat.¹ Das Schulbeispiel einer solchen Tatbestandswirkung stellt das strafrichterliche Urteil dar, welches z.B. bei Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ipso iure bestimmte verwaltungsrechtliche Weiterungen nach sich zieht. "Das Urteil wirkt hier als Tatbestandselement des Verwaltungshandelns."² Die allgemeine Grenze der Tatbestands- und Bindungswirkung liegt bei nichtigen Verwaltungsakten; hier entfällt diese Wirkung, denn nichtige Verwaltungsakte sind generell unbeachtlich.³ Wird der fremde (wirksame) Verwaltungsakt dagegen (nur) für fehlerhaft gehalten, dann bleibt die angegebene Wirkung bestehen.

Auf den hier interessierenden Bereich übertragen, bedeutet dies, daß Gerichte, gleich welchen Zweiges, und Institutionen öffentlicher Verwaltung bei der Beurteilung eines Sachverhaltes von der durch die Rolleneintragung geschaffenen Rechtslage auszugehen haben. Das heißt mit anderen Worten, daß für sie bei der rechtlichen Qualifizierung eines Sachverhaltes, bei dem die Frage der Handwerksrollen-Eintragung bedeutsam ist, die von der Handwerkskammer gestaltete Rechtslage maßgebend zu sein hat. Diese Tatbestandswirkung wurde von der Rechtsprechung gegenüber den Sozialversicherungsträgern und den Sozialgerichten anerkannt. Eine Allgemeine Ortskrankenkasse hat bei der Entscheidung über die Versicherungspflicht von versicherungspflichtigen Beschäftigten eines einer Innungskrankenkasse angehörenden - und damit in der Handwerksrolle eingetragenen⁴ - Handwerksbetrieb von

- 1) So Forsthoff, E., a.a.O., § 6, S. 106, speziell bei der Frage des Verhältnisses von Justiz und Verwaltung. Die tatbestandsmäßige Bindung beschränkt sich aber nicht auf diese Relation, sie gilt erst recht innerhalb des gesamten Bereiches der 'Verwaltung'
- 2) Forsthoff, E., a.a.O., § 6, S. 106
- 3) Vgl. Forsthoff, E., a.a.O., § 12, S. 227 insbesondere FN 1
- 4) Voll-Mitglieder bei einer Innung können nur selbständige Handwerker sein (§ 58 HO); dies sind nach der Legaldefinition des § 1 HO die in der Handwerksrolle Eingetragenen. Damit gehört die Handwerksrollen-Eintragung zu den Voraussetzungen der Zuständigkeit einer Innungskrankenkasse (vgl. § 250 RVO)

dem Eintragungstatbestand auszugehen.¹ Dasselbe gilt für die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit,¹ wenn sie über die Frage der Versicherungspflicht nach § 1 HwVG oder über die Zuständigkeit einer Innungskrankenkasse nach § 250 RVO zu entscheiden haben. Tatbestandswirkung tritt auch gegenüber handwerklichen Berufskörperschaften, z.B. den Handwerksinnungen, ein. Diese können ebenfalls einen Aufnahmeantrag nicht mit der Begründung ablehnen, die Handwerksrollen-Eintragung sei fehlerhaft; sie müssen vielmehr gleichfalls von der Tatsache der bestehenden Rolleneintragung und damit von der Eigenschaft eines selbständigen Handwerkers ausgehen.² Dies gilt auch für das - die Ablehnung eines solchen Aufnahmeantrages - nachprüfende Verwaltungsgericht. Von allen diesen Institutionen ist die wirksame Eintragung in der Handwerksrolle solange als Tatsache hinzunehmen, als die Eintragung nicht gelöscht ist. Somit kommt der Handwerksrollen-Eintragung auch Drittbindungswirkung zu. Dies bedeutet, daß die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Eintragung nur durch die für die Handwerkskammer zuständige Aufsichtsbehörde und die Verwaltungsgerichte zulässig ist.³ Andere Behörden und die Gerichte anderer Gerichtszweige haben vom jeweiligen Rolleninhalt auszugehen; eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Eintragung steht ihnen nicht zu.⁴ Dies gilt auch für die Mitgliedschaft bei einer Innung.⁵ Die Sozialgerichte sind weiter weder verpflichtet noch berechtigt, einen Rechtsstreit bis zum Abschluß eines künftigen

-
- 1) H.M., vgl. BSozG v. 22.9.65 GewA 67,60(61); BVerwG v. 24.9.65 BVerwGE 22,73(74) = GewA 66,36(36); BSozG v. 18.6.68 GewA 68,278(279); SozG Ulm v. 16.2.70 GewA 70, 202(202); Peters, Horst, Handbuch der Krankenversicherung, Loseblattsammlung, Stand: 40. Lieferung, Anm. 3 h zu § 250
 - 2) Vgl. LVG Schleswig v. 22.3.57 GewA 57/58, 154; VGH Bad.-W. v. 28.2.73 GewA 74,97(98)
 - 3) Es sei denn, es läge eine nichtige Handwerksrollen-Eintragung vor, denn nichtige Verwaltungsakte sind unverbindlich und unbeachtlich
 - 4) Vgl. BSozG v. 22.9.65 GewA 67,60(61); SozG Stuttgart v. 26.9.68 GewA 69,82(82); SozG Ulm v. 16.2.70 GewA 70,202 (202)
 - 5) Vgl. VG Köln v. 22.4.65 GewA 70,66(66); VGH Bad.-W. v. 28.2.73 GewA 74,97(98)

Berichtigungsverfahren auszusetzen oder eine Stellungnahme der Aufsichtsbehörde über die Rechtmäßigkeit der Eintragung einzuholen oder gar von sich aus auf eine Berichtigung hinzuwirken.¹

Sozialversicherungsträger und Innungen haben kein Recht, die Befugnis eines Gewerbetreibenden, einen bestimmten Betrieb als Handwerksbetrieb führen zu dürfen, im Klageweg anzufechten. Ein solches Recht müßte ihnen aber eingeräumt sein, da sich die organisationsrechtlichen Wirkungen - wie ausgeführt - aus der Gewerbezulassung (sprich: Handwerksrollen-Eintragung) ergeben.

Die gesetzliche Regelung der Klagebefugnis in §§ 12,13 HO ist, wie sich aus ihrem Wortlaut entnehmen läßt, eine abschließende. Ein gesetzlich eingeräumtes Recht der Innungen (und Sozialversicherungsträger), die Eintragung in der Rolle anzufechten, beinhaltet die Handwerksordnung also nicht. Auch aus der Reichsversicherungsordnung und dem Handwerkerversicherungsgesetz läßt sich für die Sozialversicherungsträger kein anderes Ergebnis herleiten.^{2,3}

Nachdem der Gesetzgeber den angeführten Institutionen nicht in ausdrücklicher Form eine Klagebefugnis zugestand, bleibt zu prüfen, ob diese etwa durch die (rechtswidrige) Handwerksrollen-Eintragung in ihren Rechten verletzt sein können.⁴

Nach herrschender Meinung, die soweit ersichtlich nirgendwo auch nur angezweifelt wird, scheidet eine für die Klagebefugnis notwendige Verletzung der rechtlich geschützten Sphäre aus, allenfalls wird die nicht geschützte Interessensphäre der Innungen und Sozialversicherungsträger tangiert:

-
- 1) So BSozG v. 18.6.68 GewA 68,278(279); LSozG Bad.-W. v. 25.9.68 GewA 68,280(280)
 - 2) Auf Konkurrenzprobleme braucht daher nicht eingegangen zu werden
 - 3) Ebenso OVG Münster v. 18.9.63 GewA 64,110(110); BVerwG v. 24.9.65 GewA 66,36(37) = BVerwGE 22,73(75)
 - 4) Bei positivem Ergebnis ergäbe sich dann die Schwierigkeit, dieses mit der abschließenden Regelung der Klagebefugnis durch den Gesetzgeber (§§ 12,13 HO) - womit der Ausschuß anderer Klageberechtigter erfolgt - zu vereinbaren (ebenso OVG Münster v. 18.9.63 GewA 64,110(110))

Der in die Handwerksrolle-Eingetragenen erlangt hierdurch einen Anspruch auf Aufnahme in die Innung, wodurch das Körperschaftliche Leben dieser Institution und auch die Innungsmitglieder selbst durchaus "betroffen" im Sinne einer Klagebefugnis sein könnten. Eine materielle Beteiligung der Innung an der Eintragung kann somit nicht bestritten werden. Im Interesse der Einheit der gesamthandwerklichen Organisation, wie sie in der Handwerksordnung ihren Niederschlag gefunden hat und insbesondere der Stellung der Handwerkskammer,¹ ist eine Klagebefugnis der Innung jedoch zu verneinen.² Zudem ergäbe sich andernfalls ein Auseinanderklaffen der Rechte des in die Handwerksrolle Eingetragenen, denn die Gewerbeausübung und das Wahlrecht zur Handwerkskammer könnte von der Innung mangels Betroffenheit nicht strittig gemacht werden. Eine Aufspaltung der berufsständischen Rechte des Gewerbetreibenden ist aber abzulehnen. Eine Innung wird somit durch die gesetzwidrige Eintragung eines Antragstellers in die Handwerksrolle nicht in ihren Rechten verletzt.³ Gleiches gilt für die Sozialversicherungsträger. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies bezüglich der Klagebefugnis einer Allgemeinen Ortskrankenkasse damit begründet,⁴ daß zwar nach § 234 RVO alle Versicherungspflichtigen, die nicht bei einem anderen Träger der Krankenversicherung versichert seien, kraft Gesetzes Mitglieder der Allgemeinen Ortskrankenkasse ihres Erwerbszweiges und Beschäftigungsortes seien, diese Regelung aber nicht rechtlichen Interessen der Allgemeinen Ortskrankenkassen diene, sondern vielmehr allein dem Wohle der Versicherungspflichtigen, denn sie solle diesen einen lücken-

1) Vgl. VG Köln v. 22.4.65 GewA 70,66(66)

2) In der Rechtsprechung ist auch anerkannt, daß eine Rechtsanwaltskammer durch die gesetzwidrige Zulassung eines Anwalts, zu dessen Aufnahme als Mitglied sie kraft Gesetzes verpflichtet ist, nicht in ihren Rechten verletzt wird; ihr steht der Rechtsweg nicht offen (vgl. BVerwG v. 23.1.58 DÖV 58,305, kritisch hierzu Menger, Christian-Friedrich, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VA Bd. 49 (1958), 368(370))

3) Ihr obliegt für den Fall eines Antrages auf Aufnahme in die Innung nur die Prüfung, ob der Antragsteller ein Handwerk ausübt, für das die Innung gebildet ist (vgl. VG Köln v. 22.4.65 GewA 70,66(66))

4) Vgl. BVerwG v. 24.9.65 GewA 66,36(37)

losen Versicherungsschutz gewährleisten, indem jeder Versicherungspflichtige, der einen solchen Schutz nicht bei einem anderen Versicherungsträger genießt, ihn ohne weiteres bei der Allgemeinen Ortskrankenkasse finden könne.

Da mithin durch die Zugehörigkeit eines in die Handwerksrolle Eingetragenen zu einer Innungskrankenkasse die Rechte einer Ortskrankenkasse und durch die Eintragung die Rechte einer Innung nicht verletzt werden können, scheitert wegen dieses Mangels auch die Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG.

Es ergibt sich somit, daß Innungen und Sozialversicherungsträgern lediglich die Anregung an Handwerkskammer oder Aufsichtsbehörde (oder gegebenenfalls Industrie- und Handelskammer und deren Aufsichtsbehörde) bleibt, die Rechtmäßigkeit einer Eintragung zu überprüfen.¹

Eine Grenze findet die Bindungswirkung der Handwerksrollen-Eintragung dort, wo die Eintragung nichtig ist bzw. keine Wirkung mehr entfaltet. Innerhalb dieser Grenze liegen der von der Handwerksordnung erfaßte Bereich sowie jene Gebiete, die ausdrücklich oder implizit auf die Handwerksordnung bzw. die Eintragung Bezug nehmen.² Die Bindungswirkung entfällt dagegen, wenn andere Gesetze den Begriff Handwerker oder Handwerk enthalten, ohne daß gleichzeitig eine Bezugnahme auf die Handwerksordnung oder die Eintragung erfolgt. Daher entscheidet letztere nicht darüber, ob jemand Hand-

1) Vgl. OVG Münster v. 18.9.63 GewA 64,110(110);
BVerwG v. 24.9.65 GewA 66,36(37)

2) So Fröhler, Zur Eintragung, S. 43

werker im Sinne des § 196 BGB ist.^{1,2} Hier gilt die Eintragung nur als Beweisanzeichen.³

Nach dieser Darstellung des Grundsatzes der Drittbindungswirkung der Handwerksrollen-Eintragung bezüglich Sozialversicherungsträger und Innung erhebt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt dieser Akt wirksam wird, und ob insbesondere eine rückwirkende Eintragung möglich ist. In gewerberechtlicher Hinsicht interessiert dann weiter, für welchen Bereich in räumlicher Sicht die Zulassung erfolgt. Hierbei gilt es auch zu klären, inwieweit die von einer Kammer ausgestellten oder anerkannten Rechtstitel in anderen Kammerbezirken einen Anspruch auf Gewerbezulassung gewähren. Nach dieser Erörterung der Wirkungen der Handwerksrollen-Eintragung im räumlichen Sinne soll dann deren Reichweite nach ihrem sachlichen Inhalt und damit der Umfang der Berechtigung dargestellt werden.

1) Vgl. BGH v. 2.5.63 NJW 63,1398(1399)

2) Das OLG München (Urteil vom 2.2.38 JW 38,2134(2134)) hat dies damit begründet, daß die Möglichkeit bestehe, daß ein Gewerbetreibender in der Handwerksrolle eingetragen sei, obwohl sein Betrieb kein Handwerksbetrieb ist, und daß umgekehrt ein Handwerker, der einzutragen wäre, nicht eingetragen ist. Das OLG München schließt damit aus gesetzeswidrigen Zuständen auf die Bedeutungslosigkeit der Handwerksrollen-Eintragung für andere Rechtsgebiete. Diese Argumentation besitzt gegenüber derjenigen von Fröhler weniger Überzeugungskraft. Die Handwerkskammer ist eben nur dazu berufen, über die gewerberechtliche Handwerkeigenschaft eines Betriebes zu urteilen. Dem Gesetzgeber obliegt es dann, was er im Falle des § 196 BGB unterlassen hat, diese Beurteilung für weitere Gebiete als relevant zu erklären. Letzteres geschah z.B. bezüglich der Mitgliedschaft zur Innung und zur Innungskrankenkasse.

3) Vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 34. Auflage, München 1975, Anm. 4 a zu § 196, unter Hinweis auf OLG München v. 2.2.38

123. Die zeitliche, räumliche und sachliche Wirkung

Verschiedentlich stellen Handwerker den Antrag, eine rückwirkende Eintragung in die Handwerksrolle vorzunehmen, oder Handwerkskammern legen aus Gründen der Beitragsfälligkeit den Eintragungszeitpunkt in die Vergangenheit zurück. Die Wirkungen der Eintragung sollen demnach bereits vor dem Tag der effektiven Vornahme eintreten. Andererseits kommt diesem Akt - wie oben ausgeführt - rechtsbegründende Funktion zu. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Vorgehensweise zulässig ist, und sich insbesondere mit den Grundsätzen über die Wirksamkeit von Verwaltungsakten und der Rechtsnatur der Handwerksrolle als öffentliches Register vereinbaren läßt.

Die Handwerksordnung enthält keine Bestimmung über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Handwerksrollen-Eintragung; daher sind hier die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze anzuwenden. Danach wirkt ein Verwaltungsakt in der Regel erst von seiner Bekanntgabe an.¹ Das würde bedeuten, daß die Eintragung in die Handwerksrolle nicht zum Zeitpunkt der effektiven Vornahme dieser Handlung, sondern erst mit dem Tage Gültigkeit erlangen könnte, an dem der Betroffene von der Eintragung benachrichtigt wird. Perkuhn vertritt daher die Meinung, daß ein Inkrafttreten vor der Bekanntgabe über die vorgenommene Eintragung nicht möglich sei,² und stellt auf den Tag der Benachrichtigung als relevanten Zeitpunkt ab. Dieser Auffassung wird man jedoch unter Berücksichtigung der Rechtsnatur der Handwerksrolle als öffentliches Register nicht folgen können, sondern vielmehr bereits in der Eintragung in dieses Register die Sonderform einer (öffentlichen) Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes zu sehen haben, so daß mit der effektiven Vornahme die Rechtswirkungen eintreten können.³

1) Vgl. Wolff-Bachof, § 50 III a, S. 422. Dieser allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsatz fand seinen Niederschlag auch in § 39 Abs. 1 EVwVfG 1973.

2) Vgl. Perkuhn, Eintragung, DHBf. 65,453(453)

3) So auch Fröhler, Zur Eintragung, S. 36

Damit bleibt die Frage einer eventuellen Rückwirkung der Handwerksrollen-Eintragung aber noch offen, denn obiges Zwischenergebnis bedeutet nur, daß die Wirkungen vor der Bekanntgabe an den Adressaten eintreten können. Grundsätzlich ist nun eine solche Rückwirkung rechtmäßig, soweit sie gesetzlich ausdrücklich oder dem Sinne nach zugelassen ist, wenn sich ein feststellender Verwaltungsakt inhaltlich auf die Vergangenheit bezieht, wenn der Verwaltungsakt einen anderen Verwaltungsakt zulässigerweise mit Wirkung ex tunc zurücknimmt, wenn ein Widerspruchsbescheid einen angefochtenen Verwaltungsakt aufhebt, wenn die Betroffenen zulässigerweise einverstanden sind.¹ Da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in der Handwerksordnung fehlt und die anderen Voraussetzungen nicht relevant sind, bleibt zu prüfen, ob die Rückwirkung dem Sinne nach zugelassen sein kann und ob sie insbesondere durch das Einverständnis der Betroffenen zustande kommen kann.

Unter dem Gesichtspunkt "volenti non fit iniuria" könnte man prima facie bei einem Antrag auf rückwirkende Eintragung einen solchen Ausnahmefall sehen. Dem stehen aber die Rechtsnatur der Handwerksrolle als öffentliches Register und die konstitutive Wirkung der Rolleneintragung entgegen. Würden die (effektive) Eintragung und der Wirkungseintritt auseinanderfallen, so wäre das Register unrichtig, denn dann würden dem Gewerbetreibenden zu einem Zeitpunkt Rechte verliehen und Pflichten auferlegt, zu dem er die Bedingungen hierfür noch nicht geschaffen hatte.² Aus den gleichen Gründen scheidet auch bei der Eintragung von Amts wegen die rückwirkende Wirkung aus. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, jemanden zur Ausübung eines Gewerbes zu berechtigen, zur Zugehörigkeit zur Handwerkskammer zu verpflichten und dem Handwerkerversicherungsgesetz zu unterwerfen, bevor dies vom Register ausgewiesen würde, so hätte er die Rückwirkung

1) So Wolff-Bachof, § 50 III b, S. 424

2) Ohne Bedeutung ist es, ob der Bewerber die Voraussetzungen bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfüllt hat oder nicht.

ausdrücklich zulassen müssen. Die angeführten Rechtswirkungen treten somit ab der effektiven Eintragung ein. Damit ist auch ausgedrückt, daß es unzulässig ist, eine Eintragung mit dem Datum der Antragstellung vorzunehmen, wenn die tatsächliche Eintragung später erfolgt. Von diesem im Registerrecht allgemein geltenden Grundsatz abzuweichen,¹ besteht keine Veranlassung. Wenn § 3 der Handwerksrollen-Verordnung vom 2. März 1967 (BGBl. I S. 274) daher verlangt, daß der Zeitpunkt der Eintragung in die Handwerksrolle in die Karteikarte aufzunehmen sei, so kann hierunter nur der Zeitpunkt der effektiven Eintragung verstanden werden. Eine Angabe des Tages, an dem der Antrag auf Eintragung bei der Handwerkskammer eingeht, ist - worauf Perkuhn² zu Recht hinweist - weder in der Handwerksrolle noch auf der Handwerkskarte³ vorgesehen. Eine Eintragung zum Tag der Antragstellung erscheint nur zulässig, wenn gleichzeitig die tatsächliche Eintragung erfolgt. An-

- 1) Vgl. § 130 FGG (Keidel, Theodor; Winkler, Karl, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, München 1972, Anm. 4 zu § 130, führen hierzu aus: "Die Eintragung ist zu datieren vom Tage der wirklichen Eintragung, nicht vom Tage des Einlaufens der Anmeldung ..." (Hervorhebung im Original)); § 44 GBO, § 48 SchiffsRegO, § 15 HRV. Vgl. auch die Bestimmungen in anderen Berufsgesetzen, z.B. § 67 der Bestallungsordnung für Ärzte vom 15.9.53 (BGBl. I S. 1334), zuletzt geändert durch VO v. 24.2.70 (BGBl. I S. 214): "... die Bestallung wird mit dem Tage der Ausstellung wirksam". Aus § 2 der Bestallungsordnung für Apotheker v. 8.Okt. 1937 (RGBl. I S. 1118) i.d.F. der VO v. 25.9.1939 (RGBl. I S. 1939) i.V.m. dem amtlichen Muster der Bestallung (Anlage 2 zur Bestallungsordnung v. 8.Okt. 1937 (RGBl. I S. 1121) läßt sich gleichfalls entnehmen, daß eine rückwirkende Bestallung nicht möglich ist. Eine solche Rückwirkung entfällt wegen § 52 der Bestallungsordnung für Tierärzte vom 23.3.1967 (BGBl. I S. 360) i.V.m. Anlage 11 des Gesetzes auch bei diesem Beruf.
- 2) Vgl. Perkuhn, Fritz, Rolleneintragung mit rückwirkender Kraft?, DHBl. 66,37 unter Hinweis auf Hess VGH v. 10.11.1965
- 3) Vgl. § 6 der Verordnung über die Einrichtung der Handwerksrolle und den Wortlaut der Handwerkskarte v. 2.3.1967 (BGBl. I S. 274) i.V.m. dem Muster der Handwerkskarte

sonsten wäre hierin eine rückwirkende Aufnahme in die Handwerksrolle zu sehen, welche ausnahmslos abzulehnen ist.¹

Die räumliche Wirkung der Handwerksrollen-Eintragung ergibt sich aus § 6 HO i.V.m. § 1 HO. Nach § 6 HO hat die Handwerkskammer ein Verzeichnis zu führen, in welches die selbständigen Handwerker ihres Bezirkes mit dem von ihnen zu betreibenden Handwerk oder bei Ausübung mehrerer Handwerke mit diesen Handwerken einzutragen sind. In Verbindung mit § 1 HO, wonach nur den in der Handwerksrolle Eingetragenen die Ausübung eines Handwerks gestattet ist, ergibt sich, daß diese Eintragung nur innerhalb des Kammerbezirkes berechtigt, in dem die Eintragung erfolgte. Übt ein Handwerker sein Gewerbe im Bereich mehrerer Handwerkskammern aus, so muß er auch in den entsprechenden Handwerksrollen eingetragen sein; die einmalige Aufnahme in irgendeine Rolle genügt nicht.² Auf den ersten Blick scheint der Wortlaut des § 1 HO zwar dieser Auffassung zu widersprechen oder zumindest beide Interpretationen zuzulassen, jedoch wird man unter Gesamtschau der §§ 1 und 6 HO nur die oben angeführte Auslegung als richtig anzusehen haben. Unter welchen Umständen im Einzelfall eine handwerksrollenpflichtige Tätigkeit ausgeübt wird, richtet sich dabei nach § 1 HO.³

-
- 1) Vgl. BVerwG v. 28.2.69 GewA 69,161(161); Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 79; Fröhler, Zur Eintragung, S. 37; Siebert-Musielak, Anm. 5 zu § 6. Wenn Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 3 zu § 6, ausführen: "Für den Zeitpunkt der Eintragung ist grundsätzlich das Datum der Antragstellung maßgebend", aber andererseits auch sagen, "die Eintragung kann grundsätzlich nicht mit rückwirkender Kraft vorgenommen werden", so muß dies dahin interpretiert werden, daß der frühest mögliche Zeitpunkt der Eintragung im Tag der Antragstellung liegen kann, ohne Ausnahme die Wirkungen aber erst mit der effektiven Eintragung eintreten.
- 2) Ebenso Fröhler, Zur Eintragung, S. 38
- 3) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 74 ff

Damit ist aber noch nicht die Frage entschieden, ob einer einmal erfolgten Eintragung in die Handwerksrolle überregionale Bedeutung in dem Sinne beizumessen ist, daß jede Handwerkskammer an die Entscheidung einer anderen Kammer gebunden wäre und die Eintragung ohne eigene Sach- und Rechtsprüfung nachvollziehen müßte. Das VG Stuttgart hat mit seinem Urteil vom 9.6.1965¹ diese Frage verneint und nicht nur ein Prüfungsrecht, sondern sogar eine Prüfungspflicht der jeweiligen Handwerkskammer angenommen. Diese eigenverantwortliche Tätigkeit begründet es einmal aus dem Begriff der Selbstverwaltung und zum anderen aus der konstitutiven, d.h. rechtserzeugenden Wirkung einer Eintragung. Beide Argumente treffen zu: Die Handwerkskammern sind Körperschaften des öffentlichen Rechts und Selbstverwaltungsträger.² Unter Berücksichtigung der der Selbstverwaltung innewohnenden Zweckbestimmung, Aufgaben in eigenem Namen und in eigener Verantwortung wahrzunehmen,³ soweit sie den eigenen Wirkungskreis betreffen, und die Führung der Handwerksrolle gehört - als Pflichtaufgabe der Handwerkskammer - zum eigenen Wirkungskreis, wird man Prüfungsrecht, aber auch Prüfungspflicht der jeweiligen Handwerkskammer bei der Entscheidung über eine Eintragung bejahen müssen, denn Eigenverantwortung und Bindung an die Entscheidung einer anderen Handwerkskammer schließen sich - logischerweise - aus. Weiter wurde die konstitutive Wirkung der Handwerksrollen-Eintragung als Argument angeführt. Vermutlich soll hier auf den (räumlichen) Zuständigkeitsbereich einer jeweiligen Handwerkskammer in Bezug auf die Handwerksrollen-Eintragung hingewiesen werden, der sich eben nur auf den durch Gesetz zugewiesenen Bezirk beschränkt. Die Literatur hat sich dem Ergebnis des VG Stuttgart uneingeschränkt angeschlossen.⁴

1) GewA 66, 128

2) Vgl. Fröhler, Ludwig, Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, München 1957, S. 3

3) Vgl. auch Art. 71 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg, wo u.a. den öffentlich-rechtlichen Körperschaften das Recht der Selbstverwaltung gewährleistet und ausgeführt wird, daß diese ihre Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze unter eigener Verantwortung verwalten

4) Vgl. Fröhler, Zur Eintragung, S. 38; ders., Berufszulassungsrecht, S. 79; Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 8 zu § 119; ebenso bereits die vorhergehenden Auflagen des angeführten Kommentars

Wurde soeben die eigenverantwortliche Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen behandelt, so gilt es nun noch die vom Gesetzgeber offen gelassene Frage zu klären, inwieweit ein Rechtstitel, auf Grund dessen die Eintragung in einem Handwerkskammerbezirk erfolgte, auch in einem anderen einen Anspruch hierauf begründet. Für den Rechtstitel der Meisterprüfung gilt - soweit ersichtlich unbestritten -, daß er in allen Kammerbezirken in gleicher Weise anzuerkennen ist. Bezüglich der Ausnahmegewilligung vertreten Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen die Auffassung, daß zur Eintragung in einem anderen Kammerbezirk erneut eine solche notwendig sei, die neu zuständige Handwerkskammer jedoch die Eintragung auf Grund der erteilten Ausnahmegewilligung vornehmen könne,¹ da sie der Rechtmäßigkeit der erteilten Bewilligung vertrauen könne.² Anderer Ansicht sind Hartmann-Philipp, Schwindt, Fröhler, Perkuhn und Eyermann-Fröhler-Honig 1973.³ Letztgenannten Autoren ist zu folgen. Wie Fröhler⁴ zutreffend ausführt, soll die Ausnahmegewilligung für die Rolleneintragung ein vollwertiges Surrogat der Meisterprüfung darstellen.⁵ Wenn daher, was unbestritten gilt, die Meisterprüfung nicht in dem Bezirk der Handwerkskammer abgelegt sein muß, in dem das Handwerk betrieben werden soll, dann ist dies auch für die Ausnahmegewilligung nicht notwendig. Zudem bleibt zu bedenken, daß diese Bewilligung personalen Charakter besitzt, also nicht auf einen Betrieb, sondern auf eine Person bezogen ist. Der Inhaber einer Ausnahmegewilligung hat ebenso wie der über eine Meisterprüfung Eingetragene die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten

1) Hervorhebung im Original

2) Vgl. Kolbenschlag, Heinrich; Lessmann, Kurt; Stücklen, Richard, Die deutsche Handwerksordnung, Kommentar, Loseblattsammlung, Köln (zukünftig zitiert: Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen), Anm. 6 zu § 6

3) Vgl. Hartmann, Karl; Philipp, Franz, Handwerksrecht Handwerksordnung, Kommentar, Darmstadt Berlin 1954, Anm. 5 zu § 6; Schwindt, Hanns, Kommentar zur Handwerksordnung, Bad Wörishofen 1954, Anm. 1 zu § 6; Fröhler, Zur Eintragung, S. 39; Perkuhn, Probleme, GewA 67, 52(57); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 9 zu § 7; ebenso die Voraufgaben dieses Kommentars

4) Vgl. Fröhler, Zur Eintragung, S. 39

5) Vgl. hierzu auch die Ausführungen auf S. 193 ff

nachgewiesen. Daher widerspricht die Beschränkung der Genehmigung auf den Bezirk einer Handwerkskammer deren personalem Charakter.

Was soeben für die Titel Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung abgehandelt wurde, gilt auch für die Berechtigung nach der Übergangsvorschrift des § 119 HO. Wer also ein Recht auf diese Privilegierung besitzt, hat einen Anspruch auf Eintragung im gesamten Geltungsbereich der Handwerksordnung, nicht etwa nur in dem Bezirk der Handwerkskammer, wo er sein Handwerk im relevanten Zeitpunkt (24.9.1953 bzw. 16.9.1965) berechtigt ausgeübt hat.¹ Ebenso gewährt § 71 BVFG einen Anspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle in jedem beliebigen Kammerbezirk.²

Was die Wirkungen der Handwerksrollen-Eintragung in sachlicher Hinsicht, also den Inhalt der Berechtigung betrifft, so ist davon auszugehen, daß hierdurch nur das eingetragene Handwerk ausgeübt werden darf. Möchte der Eingetragene in mehreren Handwerken tätig werden, so muß er grundsätzlich die Eintragungsvoraussetzungen für alle diese Handwerke erfüllen und auch eingetragen sein. Nach § 5 HO kann er jedoch auch die mit seinem eingetragenen Handwerk technisch oder fachlich zusammenhängenden Arbeiten in anderen Handwerken ausführen.³ Hierunter fallen solche Arbeiten, die nicht zu dem durch die Eintragung erlaubten Handwerk gehören,⁴ denn deren Erlaubtheit wird bereits durch die Eintragung gedeckt.⁵ Die Grenze verläuft dort, wo die auszuführenden Arbeiten mit dem eingetragenen Handwerk im speziellen Fall nicht mehr in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Es muß also immer ein Auftrag aus dem eigenen Handwerk gegeben sein und auf diesem muß das eindeutige Schwergewicht liegen;⁶ die Arbeiten im nicht-eingetragenen Handwerk dürfen stets nur der Ergänzung

1) Im Ergebnis ebenso Fröhler, Zur Eintragung, S. 39

2) Ausführlich hierzu Fröhler, Zur Eintragung, S. 39

3) § 5 HO knüpft mit klarerem Wortlaut an die Bestimmung des § 4 der 3. HwVO an

4) Diese Tatfrage ist anhand der (amtlichen) Berufsbilder bzw. letztlich nach der Verkehrsauffassung zu beantworten

5) Überschneidungen der Arbeitsgebiete sind daher keine Fälle des § 5 HO

6) So Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 1 zu § 5

im eigenen Handwerk dienen.¹ Nur im Rahmen eines in den Bereich des eigenen Handwerks fallenden Auftrags dürfen Arbeiten in fremden Handwerken ausgeführt werden,² und auch dann nur, wenn ein technischer oder fachlicher Zusammenhang mit dem eingetragenen Handwerk besteht.³ Ein und dieselbe Tätigkeit kann damit erlaubt oder unerlaubt ausgeführt werden, je nachdem ob sie im relevanten Fall allein, d.h. selbständig oder in (technischem oder fachlichem) Zusammenhang mit dem eingetragenen Handwerk vorgenommen wird. Ein technischer Zusammenhang liegt dann vor, wenn bestimmte Arbeiten erst ausgeführt werden müssen, um gewisse Arbeiten im eigenen Handwerk zu ermöglichen oder zu erleichtern;⁴ die Arbeiten im nicht-eingetragenen Handwerk also (technisch) notwendig sind.⁵ Ein fachlicher Zusammenhang ist anzunehmen, wenn die Arbeiten im fremden Handwerk in einer derartig engen Verbindung zum eigenen Handwerk stehen, daß zwar technisch keine Notwendigkeit zur gemeinsamen Verrichtung besteht, eine Arbeitsteilung aber wirtschaftlich - wegen Geringfügigkeit - nicht vertretbar wäre.⁶ Einige Beispiele mögen zur Illustration genügen: Zwischen gewissen Steinmetz- und Maurerarbeiten kann ein technischer Zusammenhang gegeben sein.⁷ Dagegen handelt es sich beim Tapezieren des Faumausstatters und des Malers und Lackierers nicht um einen Fall des § 5 HO, sondern um eine Überschneidung der Arbeitsgebiete. Ein fachlicher Zusammenhang wird gesehen bei geringfügigen Lackier- und Malerarbeiten in einem Karosseriebaubetrieb,⁸ kleinere Stuck- und Verputzarbeiten des Maurers (soweit dies nicht regional

1) Vgl. OVG Münster v. 6.11.63 GewA 64,165(166); ebenso Schwindt, H., a.a.O., Anm. 2 zu § 5

2) Vgl. LVG Düsseldorf v. 21.1.59 GewA 63,9(9)

3) Vgl. VGH Bad -W. v. 16.12.70 GewA 71, 159(159)

4) So h.M., vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 5; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 4 zu § 5; Siegert-Musielak, Anm. 4a zu § 5; Schwindt, H., a.a.O., Anm. 2 zu § 5

5) Nach Siegert-Musielak, Anm. 4 a zu § 5, wird dieser Fall im Rahmen des § 5 HO kaum eine wesentliche Bedeutung haben, da es sich hierbei um eine echte Gewerbeüberschneidung handelt. Dem ist zuzustimmen.

6) So h.M., vgl. OLG Schleswig v. 13.8.58 THew; Schwindt, H., a.a.O., Anm. 3 zu § 5; Eyermann-Fröhler-Honig, Anm. 6 zu § 5; Siegert-Musielak, Anm. 4 b zu § 5

7) Vgl. LVG Düsseldorf v. 21.1.59 GewA 63,9(10)

8) Beispiele sind entnommen aus Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 6 zu § 5

ohnehin zu seinem Arbeitsgebiet gehört),¹ Tür- und Möbelverglasungsarbeiten des Tischlers,¹ kleine Maurer- oder Verputzarbeiten des Installateurs bei der Montage eines Leitungsrohres² oder des Kachelofen- und Luftheizungsbauers beim Umsetzen eines Ofens.^{2,3} Ein (technischer oder fachlicher) Zusammenhang kann gegeben sein bei Arbeiten des Klempner- mit dem Dachdeckerhandwerk,⁴ des Gas- und Wasserinstallateurs mit denen des Schlosserhandwerks.⁵ Abgelehnt wurde der fachliche Zusammenhang zwischen dem Wasserinstallateur- und dem Schmiede- und Schlosserhandwerk.⁶ Weiter fehlt der notwendige Zusammenhang etwa bei der Errichtung eines Dachstuhls und der Neueindeckung des Daches.⁷ Auch stehen das Augenoptiker- und das Uhrmacherhandwerk in keinem solchen Zusammenhang.⁸

Ist ein Zusammenhang technischer oder fachlicher Natur mit dem eingetragenen Handwerk nicht gegeben, dann erfolgt die Ausübung dieser Tätigkeiten unberechtigt,⁹ so daß eine Ordnungswidrigkeit im Sinne von § 117 Abs. 1 HO gegeben sein kann.

Neben dieser Berechtigung zur Ausübung bestimmter Arbeiten in nicht-eingetragenen Handwerken ergibt sich aus der Handwerksrollen-Eintragung ein weiterer Rechtsanspruch. Der Gewerbetreibende muß - unter den Voraussetzungen des § 1 HO - von Amts wegen oder auf Antrag mit einem weiteren, dem ursprünglich eingetragenen verwandten Handwerk in das Verzeichnis aufgenommen werden: Die Eintragung in der Handwerksrolle berechtigt zunächst zum selbständigen Betrieb des

1) Beispiele sind entnommen aus Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 6 zu § 5

2) Beispiele sind entnommen aus Schwindt, H., a.a.O., Anm. 3 zu § 5

3) Vgl. hierzu aber auch OLG Schleswig v. 13.8.58 THwE

4) Vgl. OVG Koblenz v. 19.10.64 GewA 65,13(15)

5) Vgl. LVG Köln v. 18.12.59 THwE

6) Vgl. VGH Bad-W. v. 16.12.70 GewA 71,159(160)

7) Vgl. AG Eichstätt v. 23.12.58 THwE

8) Vgl. VG Düsseldorf v. 31.1.61 THwE; OVG Münster v. 6.11.63 GewA 64,168(168)

9) Zutreffend hat das LVG Köln mit Urteil v. 18.12.59 THwE ausgeführt, daß die Handwerksordnung insoweit keinen Unterschied zwischen Stadt- und Landhandwerkern mache, insbesondere also letzteren nicht etwa einen größeren Spielraum einräume

Handwerks, für das der Eingetragene die Voraussetzungen erfüllte.¹ Durch die Novelle zur Handwerksordnung im Jahre 1965 wurde aus "wirtschaftlichen und technischen Gründen"² die Rechtsfigur der "verwandten Handwerke" wieder³ in das Gesetz eingeführt. Die Verordnung über verwandte Handwerke vom 18.Dez.1968 (BGBl. I S. 1355) enthält in ihrer Anlage zu § 1 in Spalte II Handwerke, die mit denjenigen der Spalte I "verwandt" sind. Die Bedeutung dieser verwandten Handwerke liegt nun darin, daß bei Eintragungen auf Grund bestimmter Rechtstitel - unter den Voraussetzungen des § 1 HO - ein Anspruch auf Aufnahme mit dem (den) verwandten Handwerk(en) besteht.^{4.5} Unbestritten ist dieser Anspruch wegen des eindeutigen Gesetzeswortlautes bei einer ursprünglichen Eintragung auf Grund einer Meisterprüfung oder einer (Voll-) Ausnahmegewilligung.⁶ Desgleichen gilt für die Anwendbarkeit auf juristische Personen, Personengesellschaften⁷ und die Inhaber handwerklicher Nebenbetriebe,⁸ soweit der (die) Leiter einen dieser Befähigungsnachweise erbracht hat (haben). Dagegen gewährt eine Eintragung nach § 7 Abs. 2 HO keinen diesbezüglichen Anspruch.⁹ Hier ergibt sich jedoch als Ausgleich, daß ein und derselbe Ausbildungsgang als gleichwertig für verschiedene Handwerke gilt.¹⁰ Auch bei einer ursprünglichen Eintragung nach §§ 7 Abs. 7 HO, 119 HO¹¹ oder

1) Die Berechtigung zur Ausführung von Arbeiten in anderen Handwerken gemäß § 5 HO soll und kann hier vernachlässigt werden

2) So schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen (18.Ausschuß) über den eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung - Drucksache IV/2335 -, zu Drucksache IV/3461 (zukünftig zitiert: Ausschlußbericht 1965), I 1 b

3) Im Gegensatz zur 3. HwVO (vgl. § 3 Abs. 1 der Verordnung) kannte die HO 1953 diesen Terminus nicht.

4) Auch hier wirkt die Eintragung mit dem verwandten Handwerk konstitutiv; vor der Eintragung wird das verwandte Handwerk unberechtigt ausgeübt

5) Zu beachten ist, daß die Eintragung mit einem verwandten Handwerk nicht die fachliche Eignung im Sinne des § 21 HO begründet, die eine Voraussetzung der Ausbildungsberechtigung darstellt

6) Vgl. § 7 Abs. 1 bzw. § 7 Abs. 3 HO

7) Vgl. § 7 Abs. 4 HO

8) Vgl. § 7 Abs. 5 HO

9) Ebenso Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 6 zu § 7

10) Vgl. die Aufstellung in § 1 der Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung vom 16.Okt.1970 (BGBl. I S. 1401)

11) Ebenso Dürbeck, Siegmund, Die neue Handwerksordnung, BayVBl. 66,78 (79 FN 5); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 7 zu § 119

§ 71 BVFG besteht kein solcher Anspruch: Der Zweck dieser Regelungen liegt in einem Schutz des ursprünglichen Besitzstandes. Wenn der Gesetzgeber diesen Besitzstand gleichfalls mit hätte erweitern wollen, dann hätte er dies - wie in den übrigen Vorschriften - ausdrücklich erklären müssen. Wirtschaftliche Gesichtspunkte sprechen zwar für die Gewährung eines Eintragungsanspruches auch in diesen Fällen, jedoch wird man diesen angesichts der klaren Gesetzessprache verneinen müssen, denn für die Annahme, daß es sich bei der Nichterwähnung der verwandten Handwerke in den angeführten Paragraphen um ein "Versehen" des Gesetzgebers handeln könnte, gibt es keinerlei Veranlassung. Entgegen Fröhler¹ besteht deshalb für die von § 4 HO privilegierten Personen ebenfalls kein Anspruch auf Eintragung mit einem verwandten Handwerk.

Rechtsnatur und -wirkungen der handwerksrechtlichen Erlaubniserteilung sind damit umfassend erörtert, und es kann nunmehr zu den verfahrensrechtlichen Problemen der Eintragung übergegangen werden.

2. Das Verfahren der Eintragung in die Handwerksrolle

21. Zu den Auskunfts- und Duldungspflichten der Gewerbetreibenden

211. Die gesetzlichen Bestimmungen

Da der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe gemäß § 1 Abs. 1 HO nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet ist, bedarf es im Einzelfall einer Entscheidung über die Erfüllung bzw. Nichterfüllung der Eintragungsvoraussetzungen. Diese Feststellung hat nach §§ 6 Abs. 1, 91 Abs. 1 Z. 3 HO die zuständige Handwerkskammer zu treffen.² Um die hierzu notwendigen Informationen zu erlangen, wurden dieser Institution gewisse Rechte eingeräumt: Nach § 17 Abs. 1 HO sind die in der

1) Vgl. Fröhler, Zur Eintragung, S. 41

2) Zur Zuständigkeit vgl. § 90 Abs. 3 HO i.V.m. § 6 Abs. 1, 2 HO

Handwerksrolle eingetragenen oder in diese einzutragenden Gewerbetreibenden verpflichtet, die für die Eintragung in die Rolle erforderliche Auskunft über Art und Umfang ihres Betriebes, über die Zahl der im Betrieb beschäftigten gelernten und ungelernten Personen und über handwerkliche Prüfungen des Betriebsinhabers und des Betriebsleiters zu geben.^{1,2} Hatte es sich dabei in der Praxis als nachteilig erwiesen,³ daß die Handwerkskammer nach früherem Recht nicht befugt war, die Richtigkeit der Angaben durch Betriebsbesichtigungen zu überprüfen, so wurde durch die Novellierung der Handwerksordnung im Jahre 1965 diese Lücke durch den neu angefügten Absatz 2 des § 17 HO geschlossen. Jetzt sind die Beauftragten der Kammer befugt, im Rahmen des Eintragungsverfahrens Grundstücke und Geschäftsräume des Auskunftspflichtigen zu betreten und dort Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen.⁴

- 1) Bezüglich der "einzutragenden Gewerbetreibenden" ist notwendig, daß die Kammer Kenntnis von deren Tätigkeit erlangt. Dies geschieht in Bayern dadurch, daß ein Durchschlag der Gewerbeanzeige (§ 14 GewO) von der Gemeindebehörde bzw. bei kreisangehörigen Gemeinden vom Landratsamt an die zuständige (Handwerks- oder Industrie- und Handels-) Kammer zu senden ist. Bestehen Zweifel hinsichtlich der rechtlichen Zuordnung der ausgeübten Tätigkeit, so sind Durchschläge sowohl an die IHK als auch an die Handwerkskammer zu schicken (vgl. Entschließung des BStMWV v. 13.9.1961 Nr. 6 600-I/13a -48 958 über den Vollzug der §§ 14,15 Abs.1 und 55c der Gewerbeordnung (WVMBL. S. 109), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 4.9.73 (WVMBL. S. 197))
- 2) Die Interessen des Gewerbetreibenden auf Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die den Beauftragten der Handwerkskammer bekannt werden, sind geschützt durch § 203 EGStGB. (Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen machen noch in der 13. Ergänzungslieferung (Sept.1975) in ihrem Kommentar Ausführungen zu § 116 HO. Sie übersehen, daß diese Schutzvorschrift durch Art. 175 EGStGB v. 2.3.1974 (BGBl. I S. 469) aufgehoben wurde.)
- 3) So Ausschußbericht 1965, II Nr. 17
- 4) Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat die Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) bezüglich der handwerksähnlichen Gewerbe geprüft und bejaht (vgl. BVerfG v. 13.10.71 GewA 72,64 = NJW 71, 2299). Bedenken gegen die Übertragung dieses Ergebnisses auf die Regelung bezüglich der Handwerksbetriebe bestehen nicht.

In Absatz 3 wird in Anlehnung an die entsprechenden Vorschriften anderer Gesetze festgelegt,¹ daß der Auskunftspflichtige die Antwort auf solche Fragen verweigern kann,² deren Beantwortung ihn selbst oder die in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO genannten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde.³

Wird die Auskunft nicht, nicht rechtzeitig, unrichtig oder unvollständig erteilt, werden Unterlagen nicht vorgelegt oder wird das Betreten von Grundstücken oder Geschäftsräumen oder die Vornahme von Prüfungen oder Besichtigungen nicht geduldet, so kann eine Ordnungswidrigkeit vorliegen,⁴ die gemäß § 118 Abs. 2 HO mit einer Geldbuße bis zu zweitausend Deutsche Mark geahndet werden kann.

Diese Ordnungswidrigkeit kann nur begehen, wer zur Auskunft und Duldung bestimmter Maßnahmen verpflichtet ist. Daher soll zunächst der Kreis der Betroffenen festgelegt werden. Hieran schließt sich die Präzisierung von Inhalt und Ausmaß der Maßnahmen der Handwerkskammer an. Abschließend muß dann auf das Problem des Rechtsschutzes eingegangen werden.

212. Der Kreis der Auskunfts- und Duldungspflichtigen

Auskunfts- und Duldungspflicht werfen bezüglich des "Ob" bei bereits in der Handwerksrolle Eingetragenen angesichts der klaren Gesetzessprache keine Probleme auf. Meinungsverschiedenheiten bestehen indessen hinsichtlich der Wortfolge "oder in diese einzutragenden Gewerbetreibenden". Der Streit geht darüber, ob Auskunfts- und Duldungspflicht entfallen, wenn die für die Aufnahme in das Verzeichnis not-

- 1) Vgl. § 384 ZPO, § 55 StGB, § 176 AbgO, § 55 Abs. 2 GüKG
- 2) Die Handwerkskammer braucht den Gewerbetreibenden - im Unterschied etwa zur Regelung des § 383 Abs. 2 ZPO - über das bestehende Zeugnisverweigerungsrecht nicht zu belehren (vgl. BayObLG v. 11.10.68 GewA 69,41(41); VG Oldenburg v. 25.2.72 GewA 72,212(213) a.A. Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 12 zu § 17)
- 3) Zu beachten ist, daß lediglich die schriftliche oder mündliche Auskunft zu verweigern, durch diese Norm gestattet wird; die Duldung der Prüfung von Unterlagen, von Betriebsbesichtigungen oder ähnlichen Maßnahmen wird von § 17 Abs. 3 HO nicht berührt (vgl. VG Augsburg v. 15.3.74 GewA 74,343(344))
- 4) Vgl. § 118 Abs. 1 Z. 2 HO

wendigen sachlichen oder persönlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Literatur und Rechtsprechung haben zu Recht einer weiten Auslegung des Terminus "oder in diese einzutragenden Gewerbetreibenden" das Wort geredet: Nur so kann die Handwerkskammer ihren vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck erfüllen, die Bestimmungen der Handwerksordnung durchzuführen und deren Einhaltung zu überwachen.¹ Dieser weite Zuständigkeitsbereich der Kammer läßt sich aus der Begründung der Errichtung von Handwerkskammern und auch aus der Generalklausel des § 90 Abs. 1 i.V.m. § 91 Abs. 1 Nr. 1 HO, wonach diese Institution die Interessen des Handwerks zu fördern und zu vertreten hat, entnehmen.

Unter Berücksichtigung dieser Intentionen des Gesetzgebers muß der angeführte Terminus wie folgt interpretiert werden:

Von § 17 HO werden zunächst all diejenigen Gewerbetreibenden erfaßt, bei denen nicht zweifelsfrei feststeht, daß sie kein Handwerk betreiben. Ist es dagegen offensichtlich, daß kein Handwerk ausgeübt wird, so entfällt die Auskunft- und Duldungspflicht.² Dabei wird man von der Vermutung ausgehen können, daß in der Positivliste³ aufgeführte Gewerbe handwerksmäßig betrieben werden.⁴ Hieran ändert auch die Mitgliedschaft bei der Industrie- und Handelskammer, eine Handelsregister-Eintragung oder die Bezeichnung "Industriebetrieb" in der Gewerbeanzeige nichts. Der handwerkliche Betriebscharakter kann bei handwerksfähigen Gewerben nicht von vornherein ausgeschlossen werden.⁵

Besteht hierüber noch Einigkeit, so liegen unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der Frage vor, ob die Auskunft- und Duldungspflichten entfallen, wenn die handwerksrecht-

1) Diese Funktionen sind angeführt in der Begründung zur Handwerksnovelle vom 26.7.1897 (RGBl. S. 663), auf die die Errichtung der Handwerkskammern zurückgeht (Teilabdruck der Begründung bei Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 1 zu § 90)

2) H.M. vgl. BayObLG v. 13.7.56 GewA 57,60(60) = MDR 56, 760(760) = DVBl. 57,284(284); OLG Stuttgart v. 15.5.61 GewA 63,82(82); Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 1 zu § 17; Siegert-Musielak, Anm. 3 zu § 17; Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 2 zu § 17

3) Zum Begriff siehe S. 98

4) Vgl. BayObLG v. 13.7.56 GewA 57,60(60); AG Bonn v. 8.7.74 GewA 75,126(127)

5) Vgl. OLG Stuttgart v. 15.5.61 GewA 63,82(82)

lichen Qualifikationen, also die persönlichen Voraussetzungen (offensichtlich) nicht erfüllt sind. Für diese Fälle hat das OVG Koblenz das Vorliegen eines Auskunftsrechtes verneint.¹ Dem Urteil ist dahin zu folgen, daß das Auskunftsrecht bezweckt, den Handwerkskammern die Prüfung der Eintragungspflicht der Gewerbetreibenden zu ermöglichen. Wenn das Gericht aber weiter ausführt, daß ein Gewerbetreibender nur dann eintragungspflichtig sei, wenn er auch eintragungsfähig ist, verkennt es, daß ein Handwerksbetrieb auch dann eintragungspflichtig bleibt, wenn die persönlichen Voraussetzungen des Gewerbetreibenden nicht erfüllt sind. Das Fehlen der (persönlichen) Eintragungsfähigkeit bewirkt hier nicht den Wegfall der Eintragungspflicht, wie es umgekehrt beim Fehlen der sachlichen Voraussetzungen der Fall ist. Anders ausgedrückt: Wird ein handwerksfähiges Gewerbe nicht handwerksmäßig betrieben, so bleibt unabhängig von den persönlichen Voraussetzungen kein Raum für eine Handwerksrollen-Eintragung. Liegen bei einem "Handwerker" die persönlichen Qualifikationen nicht vor, dann kann zwar keine Handwerksrollen-Eintragung vorgenommen werden, nichtsdestoweniger ist der Gewerbetreibende aber eintragungspflichtig. Wenn nun der Zweck der Regelung - wie auch das Urteil ausführt - in der Feststellung der Eintragungspflicht liegt, dann ist nicht einzusehen, daß wegen mangelnder (persönlicher) Eintragungsfähigkeit die Auskunfts- und Duldungspflicht entfallen sollte. Die Eintragungspflicht und damit akzessorisch die Auskunfts- und Duldungspflichten entfallen dann, und nur dann, - also unabhängig vom Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der persönlichen Eintragungsvoraussetzungen -, wenn ein (handwerksfähiges) Gewerbe offensichtlich nicht handwerksmäßig betrieben wird. Daß die Überwachung der Gewerbetreibenden daraufhin, ob sie unbefugt ein Handwerk ausüben, nicht auch den Handwerkskammern obliegen soll, wie es das OVG Koblenz weiter annimmt, diese Auffassung wird gleichfalls aus verschiedenen Erwägungen abzulehnen sein. Sie steht zunächst nicht im Einklang mit dem vom Gesetzgeber in der Begründung zur Handwerksnovelle von 1897 angegebenen Zweck der Errichtung

1) U. v. 21.12.66 GewA 68,62 mit ablehnender Anmerkung von Fröhler

von Handwerkskammern. Auch widerspricht diese Meinung der funktionellen Generalklausel des § 90 Abs. 1 i.V.m. § 91 Abs. 1 Nr. 1 HO, wonach die Handwerkskammern die Interessen des Handwerks zu fördern und zu vertreten haben. Hieraus läßt sich auf einen generellen und grundsätzlichen Auftrag des Gesetzgebers an die Handwerkskammern schließen, nicht nur bloßes Vollzugsorgan der gesetzlichen Bestimmungen zu sein, sondern auch deren Einhaltung zu überwachen.¹ Diese Funktion wird zweifellos im Interesse des Handwerks wahrgenommen; sie liegt innerhalb des Zuständigkeitsbereiches, wie er von § 90 Abs. 1 i.V.m. § 91 Abs. 1 Nr. 1 HO abgesteckt wird. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, daß einzelne hoheitliche Verwaltungshandlungen durch ausdrückliche Bestimmungen vom Zuständigkeitsbereich der Handwerkskammern auf staatliche Behörden übertragen sind, wie es z.B. für die Untersagung und Schließung unbefugter Handwerksbetriebe durch § 16 Abs. 3 und 4 HO geschehen ist. Hier handelt es sich um (ausdrückliche) Ausnahmen, die nichts an der grundsätzlichen Beauftragung der Handwerkskammern, die gesetzlichen Bestimmungen der Handwerksordnung durchzuführen und deren Einhaltung zu überwachen, ändern. Auch aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten verdient die vorgebrachte Auffassung den Vorzug: Nach § 16 Abs. 3 HO kann die Handwerkskammer bei der zuständigen Behörde die Untersagung der Fortsetzung eines entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung ausgeübten Handwerksbetriebes beantragen und dann gegen einen eventuell ablehnenden Bescheid auf dem Verwaltungsrechtsweg vorgehen.² Dies impliziert, daß auch bei den vorgenannten Fällen ein Auskunftsrecht der Handwerkskammer bestehen muß. Ansonsten wäre sie gezwungen, auf einen bloßen Verdacht hin, etwa aufgrund einer unklaren Gewerbeanmeldung, bei der zuständigen Behörde einen Betriebsuntersuchungsantrag zu stellen

1) Wie hier OLG Braunschweig v. 17.4.56 GewA 57/58, 250(250)

2) Die HO 1953 sah die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nicht vor; die Handwerkskammer war demnach auf Anregungen an die zuständige Behörde beschränkt. Insofern wurde die Rechtsstellung der Kammer verstärkt.

und diese möglicherweise mit rechtlich nicht fundierten Untersagungsanträgen zu behelligen. Dies widerspräche nicht nur den für jede öffentliche Verwaltungstätigkeit verbindlichen Grundsätzen objektiver Verwaltungsführung,¹ die zu beachten auch die Handwerkskammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts verpflichtet ist, sondern zudem würde diesen Behörden dann die gesamte Ermittlungstätigkeit über die handwerkliche Eigenschaft des betreffenden Betriebes zugeschoben. Nach der hier vertretenen Auffassung wird die Handwerkskammer nicht gezwungen, auf jeden bloßen Verdacht der unberechtigten Handwerksausübung einen Untersagungsantrag zu stellen, sie kann sich vielmehr über die Erfolgsaussichten eines solchen Antrages schlüssig werden. Es bedarf also nicht in jedem Falle des Tätigwerdens einer weiteren Behörde. Gerade dieses letzte Argument rechtfertigt es, insbesondere unter Berücksichtigung der in der Praxis täglich eingehenden zahlreichen Beschwerden über unberechtigte Handwerksausübung, den Zweck des Auskunftsverlangens darin zu sehen, sämtliche Tatsachen ermitteln zu können, deren Kenntnis zur Führung der Handwerksrolle und zur Überwachung der Einhaltung der Zulassungsvorschriften der Handwerksordnung erforderlich sind. Damit legen es auch verwaltungsvereinfachende Gesichtspunkte nahe, die Rechte der Handwerkskammer nicht restriktiv auszulegen, sondern den Kreis der Auskunfts- und Duldungspflichtigen großzügig zu bestimmen. Schließlich spricht gegen die Auffassung des OVG Koblenz noch folgendes Argument: "Zum Zweck der Eintragung" bestand nach § 17 S. 1 der 3. HwVO² ein Auskunftsrecht der Handwerkskammer. Wenn sich nun die HO 1953 und die HO 1965 weitgehend dieser 3. HwVO anschließen, und der Gesetzgeber in diesem speziellen Punkte eine abweichende Formulierung trifft, dann kann hieraus - zulässigerweise - auf eine andere Intention geschlossen werden. Anders ausgedrückt bedeutet dies, daß das Auskunftsverlangen nicht nur zum Zwecke der Eintragung, sondern auch zum Zwecke der Überwachung der Zulassungsvorschriften dienen soll.

- 1) So Fröhler, Ludwig, Anmerkung zu OVG Koblenz v. 21.12.66 GewA 68,63(64)
- 2) Dritte Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks v. 18.1.1935 (RGBl. I S. 15), i.d.F. der VO v. 22.1.36 (RGBl. I S. 42)

Damit sind alle natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften auskunftspflichtig und haben die in § 17 Abs. 2 HO genannten Maßnahmen zu dulden, soweit sie nicht offensichtlich kein Handwerk betreiben. Die persönlichen Voraussetzungen der Eintragungsfähigkeit sind für den hier interessierenden Aspekt ohne Belang. Ihr Fehlen berührt die Auskunft- und Duldungspflicht nicht.

Der Kreis der Betroffenen ist damit festgelegt, und es bedarf der Überlegung, welche Auskünfte die Handwerkskammer verlangen darf und welche Maßnahmen der "Gewerbetreibende" zu dulden hat.

213. Inhalt und Ausmaß der Maßnahmen der Handwerkskammer

Rechtliche Grenzen der Maßnahmen im Rahmen des § 17 HO werden durch den Zweck der Vorschrift und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gesetzt.¹ Danach sind diejenigen Auskunftsbegehren, Prüfungen, Besichtigungen usw. als im Rahmen der Ermächtigungsnorm liegend zu betrachten, die für die Entscheidung über eine eventuelle Pflicht zur Handwerksrollen-Eintragung "erforderlich und zweckdienlich"² sind. Auf dieses Maß hat sich die Erforschung von Tatsachen stets zu beschränken. Damit werden etwa Ermittlungen über die Ausstattung des Betriebes mit Maschinen, den Arbeitsablauf, die erzielten Umsätze, die Ausbildung der im Betrieb Beschäftigten, den beruflichen Werdegang des Gewerbetreibenden, usw., angestellt werden können.³ Die Aufzählung in § 17 Abs. 1 HO ist allerdings nicht als abschließende zu betrachten, da die hiernach zulässigen Ermittlungen keine einwandfreie Entscheidung über die Eintragungsvoraussetzungen ge-

1) Vgl. BVerwG v. 5.6.59 BVerwGE 8,336(337) zu § 55 GÜKG

2) Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 3 zu § 17

3) Die Interessen des Gewerbetreibenden auf Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die den Beauftragten der Handwerkskammer bekannt werden, sind geschützt durch § 203 EGStGB. (Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen machen diesbezüglich noch in der 13. Ergänzungslieferung (Sept.1979) ihres Kommentars Ausführungen zu § 116 HO a.F. Sie übersehen, daß diese Schutzvorschrift durch Art. 175 EGStGB v. 2.3.1974 (BGBl. I S. 469) aufgehoben wurde.)

währleisten würden. Die Handwerkskammer darf lediglich nichts Unzumutbares verlangen, oder allgemeiner ausgedrückt, sie darf ihre Befugnisse nicht mißbräuchlich ausüben. Diese Regelung dient also nicht etwa dazu, dem Gewerbetreibenden auf Wunsch seiner Konkurrenten oder auf Anregung von Berufsverbänden Schwierigkeiten zu bereiten.

Die Handwerkskammer ist nicht verpflichtet, sich zunächst mit Auskünften zu begnügen; Auskunftspflicht und Betriebsbesichtigungsrecht stehen in keinem Verhältnis des zeitlichen Nacheinander.¹ Die Kammer kann somit, ohne zuvor die Auskünfte nach § 17 Abs. 1 HO gefordert zu haben, Prüfungen und Besichtigungen anordnen. Hierbei schließt das Besichtigungsrecht und damit korrespondierend die Duldungspflicht des Gewerbetreibenden, dessen Pflicht zum aktiven Handeln mit ein. Er hat also etwa Geschäftsunterlagen vorzulegen, verschlossene Räume aufzusperren.²

Weitere Ausführungen sollen hierzu nicht gemacht werden, da ähnliche Regelungen wie in § 17 HO auch in anderen gewerberechtlichen Bestimmungen enthalten sind³ und insoweit auf die entsprechenden Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung verwiesen werden kann.⁴

1) Vgl. VGH Bad.-W. v. 15.3.74 GewA 74,343(344)

2) Soweit Wohnräume gleichzeitig für den Geschäftsbetrieb benutzt werden, ist die Zutrittsmöglichkeit durch die in § 17 Abs. 2 S. 3 HO ausgesprochene Einschränkung des Grundrechts des Art. 13 GG gedeckt

3) Vgl. die Aufstellungen bei Thomä, Karl Eugen, *Auskunfts- und Betriebsprüfungsrecht der Verwaltung*, Heidelberg 1955, S. 95 ff.; Siegert-Musielak, Anm. 2 zu § 17

4) Vgl. etwa Janssen, Fritz, *Der praktische Vollzug der auf § 38 der Gewerbeordnung beruhenden Rechtsvorschriften*, GewA 67,193 ff

214. Rechtsmittel gegen Maßnahmen der Handwerkskammer
im Rahmen des § 17 HO

Auskunfts- und Betriebsprüfungsrecht der Handwerkskammer können je nach Inanspruchnahme tief in die Freiheitssphäre des Gewerbetreibenden eingreifen. Damit stellt sich die Frage, ob und mit welchen Rechtsmitteln gegen die in § 17 HO vorgesehenen Maßnahmen vorgegangen werden kann.

Eyermann-Fröhler-Honig 1973 halten eine Anfechtungs-, Feststellungs- oder Unterlassungsklage gegen Maßnahmen zur Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nicht für zulässig;¹ weiter sehen sie in dem Verlangen nach Ausfüllung eines Fragebogens als Unterlage für das Eintragungsverfahren keinen anfechtbaren Verwaltungsakt, sondern allenfalls Maßnahmen zur Vorbereitung eines solchen.²

In dieser generellen Form kann der angeführten Auffassung sowohl hinsichtlich der Rechtsnatur des "Verlangens" als auch der Unzulässigkeit sämtlicher Klagearten nicht gefolgt werden; in beiden Fällen bedarf es vielmehr der Differenzierung.

Das Vorliegen eines Verwaltungsaktes ist unabdingbare Voraussetzung der Zulässigkeit einer Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 2 VwGO). Dabei macht die herrschende Meinung diese Klage von dem objektiven Vorhandensein eines Verwaltungsaktes abhängig, so daß eine entsprechende Behauptung nicht genügt.³ Es gilt daher zu prüfen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen in dem Auskunftsbegehren nach § 17 Abs. 1 HO und dem "Verlangen" nach Duldung im Sinne des § 17 Abs. 2 HO

-
- 1) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 3 zu § 17, unter Hinweis auf BVerwG v. 11.1.63 GewA 63,106
 - 2) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 3 zu § 17, unter Hinweis auf BayVGII v. 14.4.60 THwE, v. 31.8.62 BayVEL. 63,123
 - 3) Kritisch hierzu Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Auflage, München 1974 (zukünftig zitiert: Eyermann-Fröhler, VwGO), Anm. 11, 11a zu § 42

ein Verwaltungsakt gesehen werden kann.^{1. 2}

Mit der wohl als herrschend zu bezeichnenden Meinung wird davon ausgegangen, daß "jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist" (§ 31 EVwVfG 73), einen Verwaltungsakt darstellt. Die Zusendung eines Fragebogens durch die Handwerkskammer, verbunden mit der Bitte um Ausfüllung, läßt sich daher so lange nicht als Verwaltungsakt qualifizieren, als dieses Schreiben lediglich informatorischen Charakter besitzt und den Adressaten nicht verpflichten will, also keine Regelung eines Einzelfalles anstrebt.³ Die zum Ausdruck kommende Unverbindlichkeit spricht in diesem Fall gegen die Annahme eines Verwaltungsaktes.⁴ Ergibt sich dagegen aus den Umständen des Einzelfalles, daß die Handwerkskammer den Adressaten als zur Auskunft verpflichtet ansieht, regelt sie damit also einen Einzelfall, so handelt es sich um einen Verwaltungsakt, denn dessen Wesensmerkmal ist der Verpflichtungswille.⁵ Die außenwirksame Regelungsfunktion liegt somit in dem einseitig befehlenden Auskunftsverlangen, in dem zum Ausdruck gebrachten Willen, daß der Gewerbetreibende auskunftspflichtig sei.⁶ Als weite-

- 1) Geht man - entgegen der herrschenden Meinung - mit Eyermann-Fröhler von einem weiten Begriff aus, und sieht als Verwaltungsakt im Sinne der VwGO alle "hoheitlichen - d.h. im Subordinationsverhältnis ergehenden - Amtshandlungen" (vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 14,15 zu § 42) an, so bedarf es dieser Überlegungen nicht. (Kritisch zu Eyermann-Fröhler: Wolff-Bachof, § 46 I a, S. 370.) Die Abgrenzung des Verwaltungsaktes bleibt im Bereich der herrschenden Meinung von Bedeutung für die Zulässigkeit der verschiedenen Klagearten; die Abgrenzung muß daher hier durchgeführt werden. (Eyermann-Fröhler unterscheiden sich demnach von der herrschenden Meinung dadurch, daß sie den Verwaltungsakt anders abgrenzen und dessen behauptetes Vorhandensein erst bei der Begründetheit der Klage nachprüfen.)
- 2) Die folgenden Ausführungen beziehen sich gleichermaßen auf Maßnahmen nach § 17 Abs. 1 und § 17 Abs. 2 HO
- 3) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 27 zu § 42
- 4) Vgl. VG Minden v. 2.8.66 GewA 67,61(62)
- 5) So - allgemein - Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 26 zu § 42
- 6) Vgl. OVG Koblenz v. 21.12.66, in: Handwerk 1967, S. 277; OVG Lüneburg v. 8.1.60 GewA 59/60, 210(210)

res Argument für den Verwaltungsaktcharakter des verbindlichen Auskunftsverlangens läßt sich anführen, daß die Möglichkeit gegeben sein muß, das Auskunftsbegehren im Verwaltungszwangsverfahren durchsetzen zu können. Das landesgesetzlich geregelte Vollstreckungsverfahren setzt aber wiederum einen Verwaltungsakt voraus.¹ Da jedoch nicht einzusehen ist, daß das Auskunftsbegehren aus der Sicht des betroffenen Gewerbetreibenden eine andere Rechtsnatur innehaben soll, als aus der Sicht der Handwerkskammer, erscheint die Auffassung der herrschenden Meinung, die beim Auskunftsbegehren nach § 17 HO keinen Verwaltungsakt annehmen will, andererseits aber die Durchführung eines Verwaltungszwangsverfahrens als möglich betrachtet,² zumindest unlogisch. Hier hilft auch ein eventueller Hinweis auf eine mögliche gesetzliche Fiktion des Vorhandenseins eines Verwaltungsaktes nicht weiter, da z.B. der einschlägige Art. 29 BayVwZVG anders als Art. 18 BayVwZVG den Zusatz "oder zu einer unmittelbar kraft einer Rechtsnorm bestehenden solchen Pflicht anhalten", nicht enthält,³ andererseits aber - wie soeben ausgeführt - auf obige Fälle anwendbar sein soll. Ein Ausweg kann daher nur darin gesehen werden, das Auskunftsverlangen (unter bestimmten Voraussetzungen) als Verwaltungsakt zu qualifizieren. Damit wird auch eine unterschiedliche Behandlung von bereits Eingetragenen und neu Einzutragenden verhindert, was bereits aus gesetzes-systematischen Gründen nahe liegt. Zudem würden erhebliche Bedenken gegen die Annahme eines sachlichen Differenzierungsgrundes bestehen. Darüber hinaus entspricht die vorliegende Darstellung auch der herrschenden Meinung zu den gleich gelagerten Fällen des Auskunftsbegehrens bei anderen Rechtsvorschriften.⁴

1) Vgl. Art. 29 BayVwZVG

2) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 6 zu § 17; Siegert-Musielak, Anm. 7 zu § 17

3) Selbst dann würden aber noch Bedenken hinsichtlich des Kriteriums der "Unmittelbarkeit" bestehen (vgl. hierzu FN 2 auf Seite 53)

4) Vgl. Janssen, Fr., a.a.O., GewA 67,193(198); Stein, Ekkehart, Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1907, S. 138, 140 bezüglich der nach § 38 GewO erlassenen landesrechtlichen Rechtsvorschriften; BVerwG v. 13.12.56 BVerwGE 4, 203(204) bezüglich § 55 GUKG; Zimmerer, Carl; Schönle, Herbert, Kreditwesengesetz, Kommentar, Wiesbaden 1962, S. 154 bezüglich § 44 Abs. 2 KWG

Hiergegen kann nicht der Einwand gebracht werden, vorbereitende Maßnahmen würden keinen Verwaltungsakt darstellen, da sie keine selbständige Regelungsfunktion hätten. Dieser als herrschende Meinung zu bezeichnende Grundsatz¹ ist hier nicht anwendbar. Die Anordnung nach § 17 HO beinhaltet zwar keine unmittelbare Regelung hinsichtlich der Eintragungspflicht, wohl aber in bezug auf die Aufklärung des Sachverhaltes. Die Inpflichtnahme des Gewerbetreibenden stellt eine (notwendige!) Konkretisierung der abstrakten Norm dar; sie setzt voraus, daß die Handwerkskammer entschieden hat, es bestehe Anlaß zu der Annahme, der Betroffene übe ein Gewerbe zumindest nicht offensichtlich nicht-handwerksmäßig aus.² Insoweit ist hierin die Regelung eines Einzelfalles zu sehen.

Können Einzelfallregelung und Verpflichtungswille in dem Auskunftsverlangen zum Ausdruck, dann liegt ein Verwaltungsakt vor. Der Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 28.11.69,³ wo die Anordnung der Verwaltungsbehörde nach § 3 Abs. 2 StVZO, die dem Inhaber einer Fahrerlaubnis aufgibt, das Gutachten einer medizinisch-psychologischen Untersuchungsstelle über seine Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen beizubringen, als kein anfechtbarer Verwaltungsakt bezeichnet wurde, vermag an obigem Ergebnis nichts zu ändern. Das Urteil begegnet u.a. zwar Bedenken, wenn in der Anforderung eines eignungstechnischen Gutachtens keine Regelung eines Einzelfalles gesehen wird,⁴ zu Recht stellt das Gericht aber entscheidend auf den mangelnden Verpflichtungswillen der Verwaltungsbehörde ab, der sich darin zeigt, daß die Anordnung nicht zwangsweise durchgesetzt

1) Vgl. Wolff-Bachof, § 46 V b 2, S. 381

2) Dies verkennt das VG Augsburg in seinem Urteil vom 15.3.74 GewA 74,343(344), wenn es ausführt, daß die Pflichten der Betroffenen allgemein unmittelbar kraft Gesetzes bestünden, ohne daß es zu ihrer Begründung im Einzelfall der Konkretisierung durch Verwaltungsakt bedürfe. Die Pflichten werden zwar - notwendigerweise wegen des Gesetzesvorbehaltes bei Eingriffen in Eigentum und Freiheit - durch das Gesetz begründet, andererseits bedürfen sie aber der angeführten Konkretisierung.

3) DÖV 70,570

4) Vgl. Frotscher, Werner, Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte?, DÖV 71,259(263)

werden kann.¹ Insoweit unterscheiden sich die Maßnahmen nach § 17 HO und § 3 Abs. 2 StVZO; dieses Urteil kann daher nicht zur Ablehnung der dargelegten Auffassung herangezogen werden.

In dem Auskunftsbegehren nach § 17 HO ist somit unter der Voraussetzung eines erkennbaren Verpflichtungswillens seitens der Handwerkskammer ein Verwaltungsakt zu sehen.^{2,3}

Macht nun ein Betroffener substantiiert geltend, er werde durch die Maßnahme in seinen Rechten verletzt, und liegen die übrigen - hier unproblematischen - Urteilsvoraussetzungen vor, dann ist die Anfechtungsklage als zulässig anzusehen. Der Betroffene hat einen Anspruch darauf, nicht entgegen der Ermächtigungsnorm belastet zu werden.⁴ In diesem Recht wird er durch ein gesetzwidriges Auskunftsverlangen (in der Form eines belastenden Verwaltungsaktes) verletzt. Diese mögliche Rechtsverletzung kann er geltend machen. Der "Nachweis" des behaupteten Rechts ist keine Voraussetzung der Zulässigkeit der Klage, sondern ihrer Begründetheit.⁵ Obsiegen wird der Kläger dann, wenn er nach Auffassung des Gerichts seine Tätigkeit im Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde offensichtlich nicht-handwerks-

-
- 1) A.A. - gleichfalls zu einer Anordnung nach § 3 Abs. 2 StVZO - BayVGH v. 24.11.65 DÖV 66,799(799): "Die Vollstreckbarkeit ist kein Wesensmerkmal des Verwaltungsaktes."
 - 2) Der Verpflichtungswille beinhaltet hier die Einzelfallregelung; dagegen kann - wie am Beispiel des § 3 Abs. 2 StVZO gezeigt wurde - eine Einzelfallregelung vorliegen, ohne einen entsprechenden durchsetzbaren Verpflichtungswillen
 - 3) Indizien für einen Verwaltungsakt sind u.a. der Hinweis auf eine mögliche Ordnungswidrigkeit im Falle der Unterlassung der Beantwortung, die Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung, die Bezeichnung als Bescheid (vgl. Wolff-Bachof, § 46 V b 3, S. 381)
 - 4) Vgl. Henke, Leitfaden, S. 41
 - 5) Vgl. hierzu - allgemein - Henke, Wilhelm, Anmerkung zu BVerwG v. 25.2.72 JZ 72,626(627f) mit weiteren Hinweisen

mäßig ausübte¹ oder das Auskunftsverlangen gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt.

Damit bleiben diejenigen Fälle übrig, bei denen in den Maßnahmen der Handwerkskammer gegenüber dem Gewerbetreibenden noch kein Verwaltungsakt gesehen werden kann. In der Praxis sieht dies wie folgt aus: Die Behörde gelangt etwa auf Grund der Gewerbeanzeige oder von Inseraten in Zeitungen zu der Annahme, ein Gewerbetreibender übe ein handwerksfähiges Gewerbe handwerksmäßig aus. Daraufhin bittet sie den Betriebsinhaber um Auskunft. Dabei entspricht es ständiger Verwaltungsübung, dem Adressaten gleichzeitig die Rechtsauffassung der Kammer mitzuteilen. Der sich anschließende Schriftwechsel kann dabei Jahre andauern, ohne daß es zu einer abschließenden Entscheidung seitens der Behörde kommt. Die Frage des Rechtsschutzes des Betroffenen bedarf nun aber einer Antwort, um den Unternehmer aus dieser unerträglichen Situation zu befreien.

In der handwerksrechtlichen Literatur ist nun umstritten, inwieweit der Gewerbetreibende durch eine Feststellungsklage den handwerklichen oder nicht-handwerklichen Charakter seines Betriebes klären lassen kann.

Nach der früheren Rechtsprechung war eine derartige Klage gegen die Handwerkskammer nicht möglich.² Nach und nach wurden gewisse Ausnahmen von dieser grundsätzlichen Ablehnung gemacht. Ein abstraktes Feststellungsinteresse des Unternehmers genügt auch heute nicht. Vielmehr muß eine gewisse Verdichtung der Beziehungen zwischen Handwerkskammer und Gewerbetreibendem vorliegen, um ein Interesse des Betroffenen an der Feststellung der Handwerksmäßigkeit

1) Die Handwerkskammer befindet sich damit in einer ungünstigen Position, denn das Auskunftsbegehren soll ja gerade die Entscheidung über die Handwerksmäßigkeit eines ausgeübten Gewerbes erleichtern. In den Fällen, bei denen die Frage der Handwerksmäßigkeit problematisch sein wird, muß die Kammer daher, wenn sie das Risiko eines rechtswidrigen Auskunftsverlangens vermeiden will, auf das unverbindliche Auskunftsbegehren ausweichen oder sich die notwendigen Informationen auf anderem Wege beschaffen. Letztere Möglichkeit bietet sich, insbesondere im Baugewerbe, etwa in der Besichtigung des Arbeitsergebnisses oder der Beobachtung der Arbeitsvorgänge.

2) Vgl. BVerwG v. 17.2.61 GewA 61,160

bzw. Nicht-Handwerksmäßigkeit seines Gewerbes zu rechtfertigen. Es müssen konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, daß der rechtliche und tatsächliche Bestand des Unternehmens durch Maßnahmen der Handwerkskammer (gegenüber dem Gewerbetreibenden)¹ gefährdet ist, wenn die Nicht-Handwerksmäßigkeit nicht eindeutig festgelegt wird. Die Besorgnis der Gefährdung genügt schon.² Allgemein ausgedrückt, ist dies bereits dann der Fall, wenn die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten bereits übersehbaren Sachverhalt streitig ist.³ Beide Parteien müssen ihre rechtliche Einstellung eindeutig klargestellt und zum Ausdruck gebracht haben,⁴ ohne zu einer Einigung gelangen zu können.⁵ Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sich die Meinungsverschiedenheiten über Jahre erstrecken, ohne daß die Behörde der Aufforderung des Gewerbetreibenden nachkommt, die Handwerksmäßigkeit einer Tätigkeit gerichtlich klären zu lassen.⁶ Zweifelhaft erscheint dagegen, ob bereits in der Zusendung des "Formularanschreibens" einschließlich der Antragsformulare für eine Ausnahmegewilligung die Meinung der Handwerkskammer bezüglich der handwerksmäßigen Ausübung eines handwerksfähigen Gewerbes eindeutig zum Ausdruck kommt.⁷ Eine generelle Antwort hierauf wird sich nicht geben lassen, vielmehr ist nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Eine "vorsorgliche" Beifügung eines Ausnahmeantrages bringt keinesfalls eine eindeutige Auffassung der Behörde zum Ausdruck.

Ohne Maßnahmen seitens der Handwerkskammer (gegenüber dem Gewerbetreibenden) kann es kein Feststellungsinteresse geben. Auf der anderen Seite bedarf es aber keiner weitergehenden Bedrohung der Rechtsposition des Gewerbetreibenden durch die Kammer.

-
- 1) Die Anregung eines Untersagungsverfahrens nach § 16 Abs. 3 HO oder eines Bußgeldverfahrens durch die Handwerkskammer begründet dieses Feststellungsinteresse nicht, vgl. BVerwG v. 14.5.63 GewA 63,252(253) a.A. VG Ansbach v. 27.1.65 GewA 65,230(230) mit weiteren Nachweisen
 - 2) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO Anm. 13 zu § 43
 - 3) Vgl. BVerwG v. 14.5.63 GewA 63,252(253) = BVerwGE 16,92(93)
 - 4) Vgl. BVerwG v. 8.6.62 BVerwGE 14,235(237)
 - 5) Vgl. BVerwG v. 14.5.63 BVerwGE 16,92(93)
 - 6) wie Anmerkung 4
 - 7) Vgl. VG Ansbach v. 27.1.65 GewA 65,230(230)

Der Unternehmer hat auch ein Interesse an der alsbaldigen Klärung des Rechtsverhältnisses, denn ihm kann nicht zugemutet werden, Investitionen unter dem Damoklesschwert einer Betriebsschließung zu tätigen. Es ist für ihn weiter unzumutbar, sich einem Bußgeldverfahren nach § 17 Abs. 1 HO auszusetzen und/oder das Verfahren nach § 16 Abs. 3 HO abzuwarten.¹

Das für die Feststellungsklage notwendige streitige Rechtsverhältnis und das im Rahmen des § 43 VwGO genügende wirtschaftliche Interesse an der Feststellung der Handwerksmäßigkeit einer ausgeübten Tätigkeit (und damit auch der Auskunftspflicht) können somit - je nach Lage des Einzelfalles - gegeben sein, so daß eine solche Klage nicht von vornherein als unzulässig anzusehen ist.²

Zusammenfassend ergibt sich:³ Je nach den Umständen des Einzelfalles kann in dem Auskunfts- und Duldungsverlangen der Handwerkskammer im Rahmen des § 17 HO ein Verwaltungsakt gesehen werden, gegen den sich der Betroffene durch eine Anfechtungsklage wehren kann. Gegen Maßnahmen der Kammer, die nicht als Verwaltungsakte anzusehen sind, kann der Gewerbetreibende mit einer Feststellungsklage vorgehen,

- 1) Vgl. VG Ansbach v. 27.1.65 GewA 65,230(230)
- 2) Die von Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 16 zu § 16, angeführten - die Zulässigkeit von Feststellungsklagen bei Auskunftsverlangen im Rahmen des § 17 HO ablehnenden - Urteile des OVG Münster v. 7.7.65 GewA 66,84 und VG Minden v. 2.8.66 GewA 67,61 sind nicht einschlägig. In dem Fall des OVG Münster war lediglich eine Kreishandwerkerschaft und nicht eine Handwerkskammer tätig geworden, so daß es schon deshalb kein (streitiges) Rechtsverhältnis zwischen Kammer und Gewerbetreibendem geben konnte (vgl. BVerwG v. 14.5.63 GewA 63,252(253)). Im Fall des VG Minden verzichtete die Kammer laut Sachverhalt vor Klageerhebung auf die Weiterverfolgung der Angelegenheit und sah den Vorgang als erledigt an. Die Klage wurde also nicht deshalb abgewiesen, weil - wie von Eyermann-Fröhler-Honig behauptet - lediglich eine abstrakte Gefährdung des Unternehmens vorlag, sondern deshalb weil eine abschließende Regelung des Falles vorgenommen worden war. (Auf die Frage, ob beide Klagen wegen Unzulässigkeit oder Unbegründetheit abzuweisen gewesen wären, soll hier nicht eingegangen werden.)
- 3) Die Zusammenfassung erfolgt in einer Beschränkung auf die problematischen Urteilsvoraussetzungen

wenn eine gewisse Verdichtung der rechtlichen Beziehungen vorliegt. Die Begründetheit der Anfechtungsklage richtet sich danach, ob die relevante Tätigkeit offensichtlich nicht-handwerksmäßig ausgeübt wird bzw. das Auskunftsverlangen unverhältnismäßig ist. Die für zulässig erklärte Klage auf Feststellung des nicht-handwerksmäßigen Betriebs eines handwerksfähigen Gewerbes (und damit indirekt auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Auskunfts- und Duldungspflicht) wird erfolgreich sein, wenn das Gericht zu der Auffassung gelangt, die ausgeübte Tätigkeit werde nicht-handwerksmäßig ausgeführt.

22. Die Mitteilung über die beabsichtigte Handwerksrollen-Eintragung

221. Die Voraussetzungen der Mitteilung

Haben die Ermittlungen der Handwerkskammer, in deren Rahmen sie die eben behandelten Maßnahmen nach § 17 HO treffen kann, ergeben, daß Eintragungspflicht und -fähigkeit vorliegen, dann hat als nächster Schritt die Mitteilung der beabsichtigten Eintragung zu erfolgen (§ 11 HO).

Da eine Eintragung in die Handwerksrolle nur vorgenommen werden kann, wenn die Eintragungsvoraussetzungen in persönlicher und sachlicher Hinsicht gegeben sind,¹ entfällt die Absicht der Eintragung und damit auch die Möglichkeit, eine solche mitzuteilen, wenn die sachlichen oder/und persönlichen Eintragungsvoraussetzungen nicht gegeben sind. Die Mitteilung einer nach der Handwerksordnung nicht durchführbaren Eintragung ist also unzulässig. Nur wenn sämtliche Voraussetzungen mit ausreichender Sicherheit als gegeben anzusehen sind, darf diese Mitteilung ergehen. Sie kann damit nicht benutzt werden, um die Handwerksmäßigkeit eines Betriebes erst festzustellen; desgleichen ist es unzulässig, sie unter dem Vorbehalt des Vorliegens der persönlichen Voraussetzungen vorzunehmen.

1) Vgl. OVG Münster v. 13.5.59 GewA 60,276(277) = DÖV 61, 517 LS, BVerwG v. 17.2.61 GewA 61,55(56) = DÖV 61,511 (512) = NJW 61,844(844)

Die Absicht der Eintragung, die als "Bescheinigung" der Handwerkskammer darüber anzusehen ist, daß sie die Eintragungsvoraussetzungen als erfüllt ansieht, muß eindeutig aus der Mitteilung hervorgehen. Ist das nicht der Fall, dann liegt keine Mitteilung im Sinne des § 11 HO vor. Daher genügt die bloße Informierung über die Qualifizierung eines Betriebes als Handwerksbetrieb diesem Verfahren nicht.

Bestanden hierüber in Literatur und Rechtsprechung keinerlei Meinungsverschiedenheiten, so gab es indessen in der Rechtsprechung und in den Kommentaren zur Handwerksordnung unterschiedliche Auffassungen bezüglich der Rechtsnatur dieser Mitteilung, was nicht ohne Einfluß auf die Zulässigkeit bestimmter Klagearten bleiben konnte. Diese Rechtsnatur soll daher im nächsten Abschnitt geklärt werden. Hieran schließt sich die Frage an, wem diese Absicht mitzuteilen ist. Sind Voraussetzungen, Rechtsnatur und Adressaten der Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung geklärt, dann liegt es nahe, nach den Konsequenzen der Unterlassung dieser Mitteilung zu fragen. Die Rechtsmittel gegen die Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung sollen dann im Anschluß an die Ausführungen zur Rechtsnatur der "Entscheidung über die Eintragung" (§ 12 HO) dargestellt werden.

222. Die Rechtsnatur der Mitteilung

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat in seinen Entscheidungen vom 11.4.57¹ und vom 9.6.58² die bloße Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung in die Handwerksrolle nicht als Verwaltungsakt im verwaltungsgerichtlichen Sinne und als keine im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 11 HO angesehen, da sie nicht die für einen Verwaltungsakt begriffsnotwendige hoheitliche Regelung enthielte, sondern diese erst in Aussicht stelle.³ Erst eine als "endgültig" bezeichnete Mitteilung,

1) VerwRspr. 9,760 = GewA 57,142

2) VerwRspr. 10,878

3) VerwRspr. 10,878 LS 1 a.A. (schon vorher) OVG Hamburg v. 23.2.54 VerwRspr. 6,769(770 LS 1)

daß jemand in die Handwerksrolle eingetragen werde, sei eine nach der angeführten einschlägigen Vorschrift anfechtbare Entscheidung.¹

Dieser Auffassung ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht gefolgt. Dieses Gericht hat entschieden, daß bereits die Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung in die Handwerksrolle einen im Verwaltungsstreitverfahren anfechtbaren Verwaltungsakt und die Eintragung selbst daher nur noch den Vollzugsakt zu jenem Akt darstelle.²

Nach Kopp begegnet diese Ansicht, der sich auch einige andere Obergerichte sowie die Literatur angeschlossen haben und die als herrschende Meinung zu bezeichnen ist, "ernstlichen rechtlichen Bedenken."³

Dem BayVGH und auch Kopp ist zuzugeben, daß nach der auch heute noch herrschenden Meinung, behördliche Maßnahmen, die erst der Vorbereitung einer zu treffenden Regelung dienen oder eine solche erst in Aussicht stellen, vor den Verwaltungsgerichten nicht angefochten werden können.⁴ Dieser Grundsatz bedarf hier aber aus gewichtigen Gründen der Modifizierung.

Zunächst eröffnet § 12 HO gegen die Entscheidung über die Eintragung den Verwaltungsrechtsweg. Den Begriff der Entscheidung könnte man hier allerdings restriktiv auslegen, so daß - was auch sprachlich zutrifft -, die Absicht der Eintragung von der Entscheidung zur Eintragung zu trennen wäre. Nun kann aber, worauf das Bundesverwaltungsgericht zutreffend hinweist, im Zeitpunkt der Verabschiedung der Handwerksordnung nicht mehr zweifelhaft gewesen sein, daß die (endgültige) Entscheidung vor den Verwaltungsgerichten anfechtbar

1) VerwRspr. 9,760 (LS 1)

2) Vgl. U v. 17.2.61 BVerwGE 12,75 = GewA 61,55 = DÖV 61,511 = NJW 61,844

3) Kopp, Ferdinand, Der Rechtsschutz bei Entscheidungen über die Eintragung in die Handwerksrolle, GewA 67,73(73)

4) Vgl. BVerwG v. 10.11.55, v. 15.12.55, v. 8.2.56, v. 25.4.56, v. 7.5.57 (zitiert nach BVerwG v. 17.2.61 GewA 61,55(55)); Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 27 a zu § 42; Redeker, Konrad; Oertzen, Hans-Joachim von, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1969, Anm. 35 zu § 42 (zukünftig zitiert: Redeker-von Oertzen)

sein sollte. Lediglich dies zum Ausdruck zu bringen, kann daher nicht der Sinn der einschlägigen Vorschrift sein. Hieraus ergibt sich, insbesondere auch unter Berücksichtigung des engen Zusammenhangs mit der diesem Paragraphen unmittelbar vorausgehenden Vorschrift über die Mitteilungspflicht, nur der Schluß, daß bereits gegen die "vorbereitende" Maßnahme, also die Mitteilung der beabsichtigten Eintragung der Verwaltungsrechtsweg eröffnet werden sollte. Dafür spricht auch, daß diese Mitteilung gegen Empfangsbescheinigung zu erfolgen hat, denn diese ist nur im Hinblick auf eine Rechtsmittelfrist sinnvoll.^{1,2} Ein anderer Zweck dieser Förmlichkeit kann nicht erkannt werden. Schließlich läßt sich als Argument dafür, daß der Verwaltungsrechtsweg bereits gegen die Mitteilung der beabsichtigten Eintragung zulässig sein soll, die materiell-rechtliche Nachbildung der §§ 10 und 11 HO gegenüber §§ 7,8 der 3. HwVO anführen. § 8 Abs. 2 der 3. HwVO ließ aber bereits (ausdrücklich) gegen die beabsichtigte Eintragung den Einspruch zu.

Wenn Kopp demgegenüber auf den Zweck der Regelung abstellt und meint, dieser erfordere eine Trennung der Ankündigung der Eintragung und der Entscheidung über die Eintragung selbst, wenn er besonders auf §§ 16 ff GewO³ und die diesen Bestimmungen nachgebildeten Verfahrensvorschriften des Baurechts, Wasserrechts und Straßen- und Wegerechts hinweist, dann verkennt er die Bedeutung, den unterschiedlichen Zweck der angeführten Regelungen. Ihm ist zuzugeben, daß der Gesetzgeber offensichtlich auch für Eintragungen in die Handwerksrolle ähnlich wie in anderen förmlichen Verfahren durch das Erfordernis der vorherigen Ankündigung der beabsichtigten Entscheidung sicherstellen wollte, daß mögliche Einwendungen bereits vorgebracht und berücksichtigt werden können, bevor die endgültige Entscheidung ergeht, um letztere auf diese Weise mit einer erhöhten Gewähr ihrer sachlichen

-
- 1) Wie hier Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 1 zu § 12
 - 2) Damit diese zu laufen beginnt, muß die Mitteilung auch eine Rechtsmittelbelehrung enthalten (vgl. § 58 VwGO)
 - 3) Jetzt §§ 4 ff BImSchG

Richtigkeit auszustatten.¹ Man muß aber hier berücksichtigen, daß die Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung nur dann ergehen darf, wenn die Voraussetzungen der Eintragung nach Auffassung der Handwerkskammer gegeben sind. Die Eintragung selbst stellt lediglich den Vollzug der Entscheidung dar. Ihrer Mitteilung an den Gewerbetreibenden bedarf es trotzdem, denn erst ab diesem Zeitpunkt kann er ein Handwerk berechtigt ausüben. Die anderen förmlichen Verfahren dienen erst der Erörterung, der Klärung des Sachverhaltes. Für den Fall der Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung muß diese Phase jedoch bereits überwunden sein, da sonst diese Mitteilung nicht ergehen darf. Dadurch müßte sich - außer in Grenzfällen - in der Praxis nach ergangener Mitteilung ein Widerspruch erübrigen. Damit ist für den Regelfall in der Mitteilung bereits die endgültige Entscheidung zu sehen; lediglich in Grenzfällen dürfte es zu einer nochmaligen Überprüfung seitens der Handwerkskammer kommen. Diese Ausnahmefälle rechtfertigen es aber nicht, das traditionelle Verfahren entfallen zu lassen.

Die Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung in die Handwerksrolle ist daher als Verwaltungsakt anzusehen, der im Verwaltungsstreitverfahren der Anfechtung unterliegt.² Damit wird nicht der Grundsatz aufgehoben, daß behördliche Maßnahmen, die eine Regelung erst in Aussicht stellen, vor den Verwaltungsgerichten nicht angefochten werden können. Er wird nur dahin modifiziert, daß dies anders sein soll, wenn für die vorbereitende Maßnahme ein besonderes Verfahren vorgesehen ist.³

Die Mitteilung über die beabsichtigte Handwerksrollen-Eintragung, die, wie soeben nachgewiesen wurde, einen Verwaltungsakt darstellt, hat ihre Grundlage in einer zwingenden

1) Vgl. Kopp, F., a.a.O., GewA 67,73(73)

2) H.M., Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 1 zu § 11; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 1 zu § 12; Siegert-Musielak, Anm. 6 zu § 11; Steffens, Heinz, Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung), Kommentar, Münster/Westf. 1956 Anm. 2 zu § 10; Anm. 1a zu § 11; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 27a zu § 42; OVG Hamburg v. 23.2.54 VerwRspr.6,769(771); OVG Münster v. 15.10.58 OVG 14,127; HessVG v. 11.11.59 GewA 59/60,233(233); VG Düsseldorf v. 22.3.63 GewA 63,254 (254)

3) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 27a zu § 42

Verfahrensvorschrift. Es fragt sich daher, welche Konsequenzen sich aus einer Unterlassung dieser Mitteilung ergeben. Da in der Literatur aber Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, wem die Handwerkskammer diese Mitteilung zu machen hat, liegt es nahe, zunächst den Kreis dieser Adressaten festzulegen.

223. Die Adressaten der Mitteilung

Die Eintragung in die Handwerksrolle erfolgt im Regelfall auf Antrag des Gewerbetreibenden;¹ daneben sieht die Handwerksordnung die Eintragung von Amts wegen vor (§ 10 HO). Gemäß § 11 HO hat die Handwerkskammer dem Gewerbetreibenden die beabsichtigte Aufnahme in das Verzeichnis gegen Empfangsbescheinigung mitzuteilen. In gleicher Weise hat sie gegenüber der Industrie- und Handelskammer zu verfahren, wenn der Gewerbetreibende dieser angehört.^{2,3} Damit stellt sich die Frage, ob es hinsichtlich der Mitteilungspflicht einen Unterschied macht, wenn die Eintragung auf Antrag oder von Amts wegen vorgenommen werden soll.

Unbestritten ist, daß bei der Eintragung von Amts wegen diese Pflicht der Handwerkskammer sowohl gegenüber dem Gewerbetreibenden als auch - unter der erwähnten zusätzlichen Voraussetzung - gegenüber der IHK besteht. Weiter herrscht

- 1) Nur dieser kann einen diesbezüglichen Antrag stellen.
- 2) Die Mitteilungspflicht gegenüber der IHK läßt sich damit begründen, daß durch die Eintragung eines Gewerbetreibenden in die Handwerksrolle die Möglichkeit seines Ausscheidens aus der IHK geschaffen und damit deren Beitragsaufkommen beeinflußt werden kann (vgl. § 2 Abs. 3 IHKG).
- 3) Im Unterschied zu § 10 HO 1953 begründet eine Handelsregister-Eintragung des Gewerbetreibenden keine Mitteilungspflicht. Der Gesetzgeber hat im Hinblick darauf, daß auf Grund des Gesetzes über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern vom 31.3.1953 (BGBl. I S. 106) auch selbständige Handwerker in das Handelsregister eingetragen werden können und nach dem IHKG die Handelsregister-Eintragung keine Voraussetzung für die Zugehörigkeit zur IHK ist, von einer solchen Bestimmung Abstand genommen. Die Handelsregister-Eintragung soll nach seiner Auffassung keine ausreichende Grundlage für die Beteiligung der IHK darstellen (vgl. Ausschlußbericht 1965, II Nr.10)

Einigkeit darüber, daß gegenüber der IHK auch bei der Eintragung auf Antrag so verfahren werden muß. Unterschiedliche Auffassungen liegen hingegen hinsichtlich der Mitteilungspflicht gegenüber dem Gewerbetreibenden bei Eintragung auf Antrag vor.

Während etwa Eyermann-Fröhler-Honig 1973,¹ Siegert-Musielak² und Fröhler³ bei der Eintragung auf Antrag zwar die Mitteilungspflicht gegenüber der IHK bejahen, aber gegenüber dem Gewerbetreibenden verneinen, wollen Steffens,⁴ Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen⁵ und Schwindt⁶ bei der Benachrichtigung keinen Unterschied zwischen der Eintragung von Amts wegen oder auf Antrag machen.

Nach Eyermann-Fröhler-Honig 1973 führt eine vernünftige Auslegung der Vorschrift dazu, daß eine Mitteilungspflicht nur dann besteht, wenn die Eintragung von Amts wegen erfolgen soll, da eine Mitteilung an den Antragsteller über die beabsichtigte, aber von ihm selbst gewünschte Eintragung sinnlos wäre. Die Eintragung auf Antrag könne daher, wenn die Voraussetzungen des § 11 S. 2 HO nicht vorliegen, unmittelbar vorgenommen werden.⁷

Letzterem kann voll und ganz zugestimmt werden. Dagegen ist die Auffassung, bei der beabsichtigten Eintragung auf Antrag bestehe keine Mitteilungspflicht, abzulehnen.⁸ Eine unterschiedliche Behandlung der Fälle ist weder im Gesetz vorgesehen, noch dürfte sie zweckmäßig sein.⁹ Der objektive Wille des Gesetzes geht eindeutig dahin, auch bei einem Antrag auf Eintragung dem Gewerbetreibenden die Absicht der Eintragung mitzuteilen. Dies ist auch deshalb angebracht, um

1) A.a.O., Anm. 2 zu § 11

2) A.a.O., Anm. 3 zu § 11

3) Vgl. Fröhler, Zur Eintragung, S. 49; ders., Berufszulassungsrecht, S. 76

4) Vgl. Steffens, H., a.a.O., Anm. 1 zu § 10

5) A.a.O., Anm. 1 zu § 11

6) Vgl. Schwindt, H., a.a.O., Anm. 2 zu § 10

7) A.a.O., Anm. 2 zu § 11

8) Dies stellt keinen Widerspruch zum vorhergehenden Satz dar. Hier fallen lediglich die Mitteilung der Absichtserklärung, der Entscheidung über den Zeitpunkt der Eintragung und (möglicherweise) der tatsächlichen Eintragung zusammen.

9) So Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 2 zu § 11

dem Antragsteller die Möglichkeit zu gewähren, im Hinblick auf das mitunter einige Zeit in Anspruch nehmende Gesamt-Eintragungsverfahren vorbereitende Handlungen zur Geschäftseröffnung durchzuführen. Der Gewerbetreibende hat an dieser Mitteilung nach § 11 HO ein erhebliches Interesse, wird ihm doch dadurch definitiv erklärt, daß seiner Eintragung in die Handwerksrolle seitens der Handwerkskammer nichts im Wege steht,¹ er demnach ohne jegliches Risiko mit den erwähnten Vorbereitungshandlungen beginnen kann. Würde diese Mitteilung unterbleiben, so würde der Gewerbetreibende einen vermeidbaren Zeitverlust erleiden. Ein eventueller Widerspruch seitens der IHK hat auf dieses Risiko keinen Einfluß, da sich deren Widerspruchsmöglichkeit nach herrschender Meinung darauf beschränkt, Einwendungen gegen die Annahme des handwerksmäßigen Betreibens vorzubringen. Erkennt die Handwerkskammer einen solchen Einspruch an, sieht sie damit den Gewerbebetrieb als nicht-handwerksmäßig an, dann erleidet der Betroffene in bezug auf seine vorbereitenden Geschäftshandlungen keinen Schaden, da er in diesem Fall das Gewerbe ohne Eintragung in der Handwerksrolle ausüben darf.

Damit ergibt sich: Wenn die Handwerkskammer dem (antragstellenden) "Unternehmer" ihre Absicht der Eintragung in die Handwerksrolle mitteilt, bindet sie sich insoweit, als sie die persönlichen handwerksrechtlichen Qualifikationen als nachgewiesen und die sachlichen Voraussetzungen der Eintragung "unter dem Vorbehalt" des Ausbleibens eines Widerspruches seitens der IHK ebenfalls als vorhanden ansieht. An dieser Mitteilung hat der "Gewerbetreibende" ein beachtenswertes Interesse. Aus diesem Grund wird man die Mit-

1) Nur unter dieser Voraussetzung darf - wie oben ausgeführt - die Mitteilung nach § 11 HO erfolgen

teilungspflicht auch auf einen Antrag hin zu bejahen haben.^{1.2}

Der Kreis der Adressaten, denen die Handwerkskammer die Absicht der Handwerksrollen-Eintragung mitzuteilen hat, steht somit fest: Dem Gewerbetreibenden gegenüber besteht diese Pflicht immer, unabhängig davon, ob er von Amts wegen oder auf Antrag eingetragen werden soll. Auch die Zugehörigkeit oder Nicht-Zugehörigkeit zur IHK hat hierauf keinen Einfluß. Die IHK muß dann benachrichtigt werden, wenn der Gewerbetreibende dieser angehört. Hier wiederum macht es keinen Unterschied, ob die Eintragung auf Antrag oder von Amts wegen erfolgen soll.

Die Diskussion von Voraussetzungen, Rechtsnatur und Adressaten der Mitteilung über die beabsichtigte Handwerksrollen-Eintragung wäre unergiebig, wenn nicht auch die rechtlichen Konsequenzen der Unterlassung dieser Mitteilung erörtert würden. Diese Folgen sollen nun kurz dargestellt werden.³

- 1) Mit der gesetzlichen Bestimmung und ihrer ratio läßt sich aber keinesfalls die Meinung von Reuss (R., Wilhelm, Handwerksrecht, Kommentar, Köln Berlin Bonn München 1965, Erl. zu § 10) vereinbaren, nach der für den Fall eines Antrages " - entgegen dem Gesetzeswortlaut - eine Mitteilung an den Gewerbetreibenden über die Absicht der Eintragung nur dann erforderlich (sei), wenn auch die IHK davon zu unterrichten ist (so auch Eyermann-Fröhler, § 10 Anm. I Abs. 1 S. 63)." Die Berufung auf Eyermann-Fröhler erfolgt zudem zu Unrecht, denn diese lehnen eine Mitteilungspflicht gegenüber dem Gewerbetreibenden (im Falle eines Antrages) ab: "Eine Mitteilung an den Antragsteller über die beabsichtigte, aber von ihm gewünschte Eintragung (wäre) sinnlos ..." (Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig, Handwerksordnung, Kommentar, 1. Auflage, München Berlin 1953 (zukünftig zitiert: Eyermann-Fröhler), Anm. 1 zu § 10
- 2) Nur der Vollständigkeit halber soll darauf hingewiesen werden, daß das Gesetz keine Mitteilungspflicht für den Fall der Absicht einen Eintragungsantrag abzulehnen, kennt. Diese Absicht braucht daher nicht mitgeteilt zu werden.
- 3) Die Fälle der Unterlassung der Mitteilung und die Unterlassung der Anhörung nach § 8 Abs. 3 HO stellen gleichartige Verfahrensfehler dar; es wird daher auf die ausführlichen Erörterungen auf S. 266 ff verwiesen.

224. Die rechtlichen Folgen der Unterlassung der Mitteilung

Die Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung, die Mitteilung der Entscheidung über den (zukünftigen) Zeitpunkt der Eintragung, die Mitteilung der Entscheidung über Einwendungen und die Mitteilung der erfolgten Handwerksrollen-Eintragung können Verwaltungsakte darstellen. Gleichwohl ist das Eintragungsverfahren, welches in der Regel mit der Mitteilung über die Eintragung abgeschlossen wird, als Einheit zu betrachten.¹

Eine Eintragung ohne die vorherige mitgeteilte diesbezügliche Absicht kommt somit unter einem Verstoß gegen die zwingende Verfahrensvorschrift des § 11 HO zustande. Die Folgen hieraus ergeben sich nach der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt. Aus naheliegenden Gründen kann hier auf die verschiedenen diesbezüglichen Theorien nicht eingegangen werden;² die herrschende handwerksrechtliche Meinung sieht jedenfalls in der Unterlassung dieser gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Mitteilungspflicht keinen Grund für die Nichtigkeit des erlassenen Verwaltungsaktes.^{3,4} Vielmehr wird demjenigen, demgegenüber diese Pflicht verletzt wurde, ein Anfechtungsrecht zugestanden.⁵ Dabei ist die behördliche Entscheidung dann - ohne die materiell-rechtliche Seite

-
- 1) Daher hat der Gesetzgeber zu Recht auch den Rechtsschutz gegen die Eintragung in die Handwerksrolle einheitlich in § 12 HO geregelt. Die Äußerung der Handwerkskammer über die Absicht der Eintragung ist also als Entscheidung im Sinne des § 12 HO zu betrachten.
 - 2) Vgl. hierzu etwa Wolff-Bachof, § 51, S. 423 ff m.w.N.
 - 3) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 11
 - 4) Vgl. - zu der nach dem früheren § 10 GewO notwendigen Bekanntmachung - OVG Münster v. 3.2.60 GewA 59/60, 252 (252f)
 - 5) Dies gilt bei Eintragung auf Antrag für den Gewerbetreibenden dann nicht, wenn ihm der Zeitpunkt der Eintragung noch mitgeteilt wird. Unterbleibt letztere Mitteilung, dann ist der Gewerbetreibende wegen des belastenden Teiles der Handwerksrollen-Eintragung (z.B. Beitragszahlung zur Handwerkskammer) trotz des vollständigen Vollzuges seines Antrages beschwert; die Eintragung wäre wegen des Verfahrensfehlers (auf Anfechtung durch den "Unternehmer") aufzuheben.

untersuchen zu müssen - allein wegen des Verfahrensfehlers aufzuheben.^{1,2}

Mit dieser Behandlung der rechtlichen Folgen des Verstoßes gegen die Mitteilungspflicht wurde bereits ein Aspekt des Rechtsschutzes gegen die Eintragung in die Handwerksrolle behandelt. Weitere Implikationen, insbesondere über den Umfang der Klagebefugnis seitens der IHK, sollen nun angeschlossen werden. Hierzu ist es aber zunächst notwendig, den vom Gesetzgeber in § 12 HO benützten Begriff "Entscheidung über die Eintragung" zu diskutieren.

23. Die Entscheidung über die Eintragung in die Handwerksrolle

231. Begriff und Rechtsnatur der "Entscheidung über die Eintragung"

Nach § 12 HO steht der Industrie- und Handelskammer gegen die Entscheidung über die Eintragung eines ihr angehörigen Gewerbetreibenden in die Handwerksrolle der Verwaltungsrechtsweg offen. Einer Festlegung der Klagebefugnis des Gewerbetreibenden bedurfte es angesichts der Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsordnung nicht. An dieser Stelle soll jedoch noch nicht die Frage der Rechtsmittel aufgeworfen, sondern der Begriff der "Entscheidung über die Eintragung" erörtert werden, denn dieser terminus ist nicht eindeutig. Hierunter könnte (die Ablehnung der Eintragung),³ die Mitteilung nach § 11 HO, eventuell die (vorherige) Mitteilung über den in Aussicht genommenen Zeitpunkt der Eintragung,⁴ die eventuelle Mitteilung der Entscheidung über die gemachten Einwendungen sowie die Mitteilung über die tatsächliche Eintragung gemeint sein. Zweifellos lag es aber nicht im

-
- 1) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 11; Siegert-Musielak, Anm. 7 zu § 11; - allgemein - OVG Münster v. 3.2.60 Gewa 59/60, 252(253)
 - 2) Näheres zu den Folgen von Verfahrensfehlern auf S.266 ff
 - 3) Bei der Ablehnung eines Eintragungsantrages existiert das anstehende Problem nicht, denn das Gesetz sieht keine Mitteilungspflicht bei "Absicht der Ablehnung" vor, so daß dem Gewerbetreibenden lediglich die negative Entscheidung mitzuteilen ist.
 - 4) Soweit dieser nicht schon in der Absichtserklärung nach § 11 HO mitgeteilt wird

Sinne des Gesetzgebers gegen jede dieser "Entscheidungen" den Verwaltungsrechtsweg zu eröffnen. Die Wortfolge bedarf daher der Klärung.

Siegert-Musielak gehen in ihrer Darstellung davon aus, daß es sich bei der Mitteilung der "Absicht der Eintragung" (§ 11 HO) um einen selbständig anfechtbaren Verwaltungsakt handele. Aus dieser Wertung der Mitteilung nach § 11 HO schließen sie, daß die darauf zurückgehende Eintragung selbst lediglich als Vollzug des Verwaltungsaktes anzusehen sei und regelmäßig nicht mehr angefochten werden könne, wenn die vorausgehende Mitteilung unanfechtbar geworden sei.¹ Einem Teil dieser Argumentation wird man aus logischen Gründen nicht folgen können. Es ist eben nicht so, daß die Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung eine endgültige Entscheidung überflüssig macht, denn der Sinn des Verfahrens nach § 11 HO liegt auch darin, vor der endgültigen Entscheidung die Ansicht der IHK, und im Falle der beabsichtigten Eintragung von Amts wegen diejenige des Gewerbetreibenden, kennenzulernen. In jedem Falle, ob nun Einsprüche erfolgen oder nicht, muß sich die Handwerkskammer über den Zeitpunkt der rechtsbegründenden Eintragung schlüssig werden. Dieser verbindlichen Entscheidung kommt wesentliche unmittelbare Rechtserheblichkeit zu, wird doch erst ab dem Zeitpunkt des Vollzugs dieser Entscheidung, also ab Eintragung, die selbst nur einen Realakt darstellt, ein Handwerk berechtigt ausgeübt.

Damit handelt es sich auch bei dieser Entscheidung über die Eintragung um einen Verwaltungsakt,² der allerdings nach herrschender Meinung nicht selbständig anfechtbar ist.³ Gleiches gilt, wenn die endgültige Entscheidung nicht mitgeteilt wurde, für die Information über die bereits erfolgte Eintragung. Dieses Ergebnis entspricht auch der

1) A.a.O., Anm. 6 zu § 11

2) Im Ergebnis ebenso Kopp, F., a.a.O., GewA 67, 73(74)

3) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 1 zu § 12; Siegert-Musielak, Anm. 1 zu § 11; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 1 zu § 12; BVerwG v. 17.2.61 GewA 61, 55 (55f)

Rechtslage bei anderen Verfahren,¹ bei denen die Betroffenen ihr Recht verwirken, gegen die schließlich ergehende Entscheidung vorzugehen, wenn sie ihre Einwendungen nicht bereits in dem vorgesehenen Verfahren geltend gemacht haben. Verwiesen sei weiter auf die Fälle, wo der Gesetzgeber ausdrücklich gegen den zweiten Verwaltungsakt nur noch solche Einwendungen zuläßt, die nicht schon gegen den vorausgehenden unanfechtbar gewordenen Verwaltungsakt geltend gemacht werden konnten.² Aber auch wo dies nicht ausdrücklich festgelegt ist, wird es allgemein anerkannt. Unterläßt es etwa eine Gemeinde, gegen die Androhung einer Ersatzvornahme durch die Aufsichtsbehörde ein Rechtsmittel zu ergreifen, und wird die Androhung unanfechtbar, so kann sie sich auf Gründe, die sie gegen die Androhung nicht vorgebracht hat, wegen der entgegenstehenden Beständigkeit der Androhung, auch im Verfahren über die Anordnung der Ersatzvornahme nicht mehr berufen.³

Es ist daher festzuhalten: Sobald die Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung unanfechtbar geworden ist, kann in aller Regel auch die spätere Mitteilung, insbesondere über den Vollzug der Eintragung, nicht mehr vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden. Lediglich Tatsachen und Einwendungen, die nach Unanfechtbarkeit der Mitteilung über die Absicht der Eintragung entstanden sind, können in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO i.V.m. § 167 Abs. 1 VwGO im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage gegen die Eintragung vorgebracht werden.⁴

1) Z.B. im Gewerberecht (§ 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG), Baurecht (§ 50 BBauG), Wasserrecht (Art. 83 BayWG), Straßen- und Wegerecht (§ 18 FStrG; Art. 39 Abs. 3 BayStrWG). Beim Baurecht und Straßen- und Wegerecht handelt es sich um elastischere Regelungen, da verspätete Einwendungen unberücksichtigt bleiben können (vgl. § 50 BBauG, § 18 FStrG).

2) Vgl. § 18 Abs. 1 S. 3 VwVG, Art. 21 BayVwZVG

3) So Kopp; F., a.a.O., GewA 67,73(74)

4) Vgl. OVG Berlin v. 3.11.60 DVBl. 61,483(483) = GewA 61, 118(118) mit Anm. Fröhler; OVG Hamburg v. 17.4.62 DVBl. 62,683(683,685); Redeker-von Oertzen, Anm. 4 zu § 167; Siegert-Musielak, Anm. 4 zu § 11, die die Verbindung zu § 767 ZPO allerdings über § 173 VwGO sehen.

Damit sind Begriff und Rechtsnatur der "Entscheidung über die Eintragung" geklärt, und es kann zu den restlichen Problemen der Rechtsmittel, insbesondere dem Umfang der Klagebefugnis seitens der Industrie- und Handelskammer übergegangen werden.

232. Rechtsmittel gegen die "Entscheidung über die Eintragung"

Nach § 42 Abs. 2 VwGO ist eine Klage u.a. nur zulässig, wenn, soweit nichts anderes bestimmt ist, der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung in seinen Rechten verletzt zu sein.

Zweifellos trifft dies für den Gewerbetreibenden, dessen Eintragung in die Handwerksrolle vorgenommen werden soll bzw. dessen Antrag auf Eintragung abgelehnt wurde, zu. Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage sind daher nach Erfüllung weiterer Voraussetzungen auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung, wie sie etwa noch in § 11 HO 1953 enthalten war, zulässig.² Zu Recht ging daher der Gesetzgeber von der Entbehrlichkeit einer solchen expliziten Festlegung aus.³ Bezüglich des Terminus "Entscheidung über die Eintragung"⁴ hat der Gewerbetreibende, wie oben dargestellt wurde, zu beachten, daß gegen die endgültige Entscheidung über die Eintragung (und deren tatsächlichen Vollzug) grundsätzlich nicht mehr vorgegangen werden kann, es sei denn, die Absichtserklärung wäre nicht zugegangen.⁵ oder die Handwerkskammer lehnte die Eintragung ab.

- 1) Zu verweisen ist insbesondere auf das Vorverfahren nach §§ 68 ff VwGO
- 2) Auf die Zulässigkeit einer Untätigkeitsklage (§ 75 VwGO) soll nur der Vollständigkeit halber hingewiesen werden
- 3) Vgl. Ausschlußbericht 1965, II Nr. 11
- 4) Worunter - wie ausgeführt - primär die Mitteilung der Handwerkskammer über die beabsichtigte Eintragung zu verstehen ist
- 5) Es sei nochmals daran erinnert, daß die ganz herrschende Meinung im handwerksrechtlichen Schrifttum grundsätzlich die Aufhebung der Entscheidung bei unterlassener Mitteilung der Absichtserklärung bejaht (vgl. hierzu die Ausführungen auf S.67f)

Ob die Industrie- und Handelskammer durch die Eintragung eines ihrer Kammerzugehörigen in die Handwerksrolle in ihren Rechten verletzt sein kann, bedarf wegen der Einräumung der Klagebefugnis in § 12 HO keiner Entscheidung.¹ Indessen wird der Umfang dieser Befugnis zu klären sein.

Ausgangspunkt der Betrachtung ist auch hier wieder der Inhalt des Terminus "Entscheidung über die Eintragung". Der Verwaltungsrechtsweg könnte damit gegen die Mitteilung der Absichtserklärung bzw. bei deren Unterlassung gegen die (Mitteilung der) Eintragung und den ablehnenden Bescheid eröffnet sein. Einer solchen weiten Interpretation wird man aber die Zustimmung versagen müssen.

Eindeutig hat der Gesetzgeber der Industrie- und Handelskammer den Verwaltungsrechtsweg nur für die Fälle eröffnet, in denen der Gewerbetreibende ihr angehört.^{2,3} Eindeutig kann weiter nicht danach differenziert werden, ob die Eintragung von Amts wegen oder auf Antrag vorgenommen werden soll. Der Wortlaut und Sinn bzw. Zweck der Vorschrift geben für eine entgegenstehende Annahme keinerlei Anhaltspunkte.

Die Ablehnung eines Eintragungsantrages berührt die Interessen der IHK nicht. Daher wird man hier, obwohl § 12 HO diese Einschränkung nicht ohne weiteres erkennen läßt, die "Zulässigkeit" einer Klage verneinen müssen. Hierfür spricht auch der Wortlaut des § 11 HO, nach dem der IHK nur "die beabsichtigte Eintragung in die Handwerksrolle" mitzuteilen ist. Daraus läßt sich schließen, daß diese lediglich die (Mitteilung über die beabsichtigte) Eintragung, nicht aber die Ablehnung der Eintragung anfechten können soll.^{4,5}

-
- 1) Gleiches gilt für den Fall der Unterlassung der Mitteilung nach § 11 HO, sofern die Mitteilungspflicht ihr gegenüber bestand. Die Unterlassung der Mitteilung an den Gewerbetreibenden kann von der IHK dagegen nicht gerügt werden.
 - 2) Ansonsten wäre ein Löschungsantrag nach § 13 Abs. 2 HO zu stellen
 - 3) Dieses Anfechtungsrecht steht der IHK unabhängig vom Willen des Betriebsinhabers zu, vgl. - implizit - OVG Münster v. 18.1.56 BB 56,670(671)
 - 4) Die Ablehnung der Eintragung braucht der IHK auch nicht mitgeteilt zu werden
 - 5) Ebenso Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 3 zu § 12; Siegert-Musielak, Anm. 9 zu § 12

Daneben steht der Industrie- und Handelskammer der Verwaltungsrechtsweg auch nicht zur Klärung strittiger Fragen bezüglich der persönlichen handwerksrechtlichen Qualifikationen eines Gewerbetreibenden offen. Der Gesetzgeber hat die Interessen der IHK nur dann für berücksichtigungswert gehalten, wenn der Unternehmer ihr angehört. Hieraus kann auf eine restriktiv vorzunehmende Auslegung des § 12 HO geschlossen werden. Indiz für eine enge Auslegung ist weiter, daß - entgegen der HO 1953 - mit der Novelle von 1965 die Benachrichtigungspflicht gegenüber der IHK bei ins Handelsregister eingetragenen Gewerbetreibenden entfallen ist. Es kann damit unterstellt werden, daß der Gesetzgeber die "Kontrollfunktion" der IHK abbauen wollte. Dafür, daß die persönlichen handwerksrechtlichen Qualifikationen des Gewerbetreibenden durch die IHK nicht im Wege der Klage gegen die Handwerkskammer geklärt werden kann, spricht auch, daß die IHK gemäß dem benachbarten § 13 HO eine Löschung der Eintragung nur mit dem Argument, der Gewerbebetrieb werde nicht handwerksmäßig betrieben, beantragen kann. Für eine diesbezüglich unterschiedliche Behandlung von Eintragung und Löschung sind indes keine Gründe ersichtlich. Demgemäß ist der Rechtsweg gegen die (Mitteilung über die beabsichtigte) Eintragung in die Handwerksrolle für die IHK nur zur Klärung strittiger Fragen, die unmittelbar mit dem handwerksmäßigen bzw. nicht-handwerksmäßigen Betreiben eines Gewerbes zu tun haben, eröffnet.¹

Als Ergebnis läßt sich damit festhalten, daß für die IHK der Verwaltungsrechtsweg nur zur Klärung des handwerksmäßigen bzw. nicht-handwerksmäßigen Ausübens eines handwerkstfähigen Gewerbes gegeben ist. Gegen einen die Eintragung ablehnenden Bescheid oder zur Klärung der persönlichen handwerksrechtlichen Qualifikationen bleibt der Klageweg verschlossen.

1) Im Ergebnis ebenso Fröhler, Zur Eintragung, S. 60;
VGH Bad.-W. v. 22.2.70 GewA 70,274(275)

2. Kapitel

Die zulassungspflichtigen Tatbestände

1. Die Zulassung im Bereich des Handwerks

11. Kurzer geschichtlicher Überblick¹

Das Gewerberecht, und insbesondere das Gewerbezulassungsrecht, haben sich nicht stetig entwickelt. Speziell das Handwerksrecht bietet - wie wohl kein zweites Rechtsgebiet - ein Spiegelbild wirtschaftstheoretischer Auffassungen und politischer Einflußnahme, wobei dieses Potential der Macht seine Quelle darin hat, daß das Handwerk ein sehr alter Berufsstand ist, dessen Angehörige bereits sehr früh ein gewisses Zusammengehörigkeitsgefühl entwickelt haben und dieses bis in die Gegenwart konservieren konnten, wodurch selbstverständlich auch eine gemeinsame Verfolgung ihrer Interessen ermöglicht wurde. Hierzu sei daran erinnert, daß heute die Wurzeln des Zunftwesens neben den auf obrigkeitlicher Anordnung entstandenen Ämtern, worunter ein Zusammenschluß von Handwerkern, die ein gleiches oder ähnliches Gewerbe betrieben, zu verstehen ist, in dem freiwilligen genossenschaftlichen Zusammenschluß der Handwerker zu einer Bruderschaft oder Einigung (Innung), gesehen werden.² Entstanden sein soll dieser letztere Zusammenschluß als Parallele zu den reinen Schutzgilden der städtischen Fernkaufleute.

Seit dem 13. Jahrhundert nehmen die Zunftkontrollen über Preise, Gesellen- und Lehrlingszahlen, Löhne, Arbeitsstunden und Werkzeuge immer mehr zu. Absicht hierbei war die Angleichung der Arbeitsbedingungen, die Nivellierung der Einkommen. Ein höchstes, allerdings nicht überall erreichtes Ziel bestand in dem "Zunftzwang", d.h. der Vorschrift, daß alle Handwerker in der Zunft sein mußten, und niemand, der außerhalb dieses Zusammenschlusses stand, das entsprechende Gewerbe betreiben durfte. Dabei versteht es sich nahezu von selbst, daß die Zünfte ihre Aufnahmebedingungen weitgehend

1) Auf eine ausführlichere Darstellung wird verzichtet, da die Zulassung im Handwerk eng mit dem Zunftwesen verbunden und dessen Darstellung Gegenstand zahlloser Untersuchungen ist

2) Vgl. - auch zu den weiteren Ausführungen - Zorn, W., a.a.O., HdSW Bd. 12(1965), S. 484(485)

autonom gestalten konnten, und diese auch im 15./ 16. Jahrhundert immer höher schraubten. Diese Entwicklung ist vor dem Hintergrund der ökonomischen Bedingungen allerdings verständlich: Die Heimsuchungen durch die Pest führten zu einer Verlagerung der gewerblichen Produktion in die Städte, dies bewirkte einen Zustrom von Produzenten vom Land in die Stadt und führte hier zu verstärkter Konkurrenz. Wurde vorher für die Zulassung zum Gewerbe eheliche Geburt, ehrliches Herkommen, christliche Religion, Nachweis der Lehrzeit und Anfertigung eines Meisterstückes gefordert, so versuchten die Zünfte - insbesondere im 15./16. Jahrhundert - mehr oder weniger Kollektivmonopole zu bilden. Dabei kam es zur Sperrung oder Schließung der Zünfte. So ist etwa bekannt, daß sich Rudolph IV. von Österreich bereits 1361 gegen diese aufkommende Absperrung wendet. Der Rat von Nürnberg hatte bereits 1348/49 das Recht beansprucht und auch ausgeübt, nach Bedarf Handwerker kraft eigenen Rechts zuzulassen. Auf der anderen Seite darf allerdings nicht übersehen werden, daß auch die Anforderungen an die handwerklich-zünftlerische Ehre sehr ernst genommen wurden. Dies äußerte sich u.a. in Qualitätskontrollen durch die Zünfte. Daneben sind in diesen Zusammenschlüssen umfassende Lebensgemeinschaften mit weitgehenden Fürsorgeaufgaben zu sehen. Kranken- und Sterbekassen bildeten bereits eine Frühform der Sozialversicherung.

Wenngleich man nicht von "dem" Zunftwesen sprechen sollte, da die Entwicklung durchaus unterschiedlich verlaufen ist, und von manchem Forscher der Beginn des Niedergangs der Zünfte bereits in der Mitte des 14. Jahrhunderts gesehen wird, überdauerte diese Erscheinung - mit einigen Modifikationen - bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts.

Unter dem Einfluß der französischen Revolution von 1789 und der nunmehr liberalistischen Geisteshaltung wurde in den deutschen Ländern, zunächst in Preußen mit dem Edikt über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer und der Gewerbefreiheit vom 2.11.1810, die Gewerbefreiheit - auch für Handwerksbetriebe - eingeführt. Ausgenommen waren nur das Maurer-, Zimmermann-, Schornsteinfeger- und Mühlenbauer-

handwerk; hier wurde eine abgelegte Prüfung als Fähigkeitsnachweis verlangt.¹ Die nun folgenden Jahrzehnte sind geprägt von einem "Hin und Her" in der Frage des Handwerksrechts. Wurde in der Allgemeinen Gewerbeordnung vom 17.1.1845 der Grundsatz der Gewerbefreiheit auf das ganze preußische Gebiet ausgedehnt, so mußte diese Gewerbefreiheit unter dem Eindruck handwerklicher Proteste in der Notverordnung zur Änderung der Allgemeinen Gewerbeordnung vom 9.2.1849 wieder rückgängig gemacht werden.^{2.3} Der selbständige Gewerbebetrieb war nunmehr in 70 Gewerbezeigen von einem besonderen Befähigungsnachweis oder der Zugehörigkeit zu einer Innung, welche wiederum den Nachweis der Befähigung forderte, abhängig.⁴

Die zum Teil gegensätzlich verlaufende landesrechtliche Gesetzgebung wurde durch die am 21.6.1869 verkündete und mit Reichsgesetz vom 12.6.1872 allgemein gültige Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vereinheitlicht. Kernstück dieses Gesetzes war die in § 1 normierte Gewerbefreiheit, die von einigen geringfügigen Ausnahmen abgesehen, auch die Aufnahme eines handwerklichen Gewerbebetriebes freistellte. Obwohl in den Jahren danach der Befähigungsnachweis in den Diskussionen auf den verschiedensten Ebenen eine große Rolle spielte, dauerte es doch bis zur Zeit des

-
- 1) Vgl. Buschatzki, Wolf-Dieter, Die Zulassung zum selbständigen Betrieb eines Handwerks, Diss. Würzburg 1955, S. 36
 - 2) Zu der (ab 1848) organisierten sog. Handwerkerbewegung vgl. Goldschmidt, Ernst Friedrich, Die deutsche Handwerkerbewegung bis zum Sieg der Gewerbefreiheit, München 1916; Meusch, Hans; Wernet, Wilhelm, Art. Handwerkerbewegung, in: HdSW Bd. 5 (1956), S. 35 ff
 - 3) Verständlich werden diese Jahrzehnte des Kampfes des Handwerks um einen Nachweis der Befähigung als Voraussetzung der Gewerbezulassung erst vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Lage dieses Wirtschaftszweiges. Auf die Darstellung der damaligen ökonomischen Bedingungen unter denen das Handwerk zu arbeiten hatte (industrielle Revolution, liberale Zollgesetzgebung), muß aus naheliegenden Gründen verzichtet werden, obwohl gerade hieraus die Forderungen des Handwerks nach dem Großen Befähigungsnachweis erklärlich werden.
 - 4) Vgl. Buschatzki, W.-D., a.a.O., S. 36

Nationalsozialismus, bis die handwerkliche Gesetzgebung für die Zulassung¹ wieder einen Befähigungsnachweis forderte. Hierbei darf allerdings nicht der Eindruck erweckt werden, als sei der große handwerkliche Befähigungsnachweis rein nationalsozialistisches Gedankengut, wie etwa das Führerprinzip, vielmehr handelt es sich dabei um die Erfüllung einer im Handwerk seit langem erhobenen Forderung.^{2,3}

- 1) Und nur hierauf wurde in der Betrachtung abgestellt. Zur Entwicklung des Befähigungsnachweises bei der Lehrlingsausbildung (sog. Kleiner Befähigungsnachweis) und zur sonstigen organisationsrechtlichen Gesetzgebung vgl. Buschatzki, W.-D., a.a.O., S. 37 ff. Zur Geschichte der - vom Gesetzgeber im sog. Handwerker-gesetz vom 26.7.1897 (RGBl. S. 663) aus sozialpolitisch und staatspolitischen Gründen erfüllten - Forderung nach Errichtung von Handwerkskammern, vgl. insbesondere Hampke, Thilo, Handwerker- oder Gewerbekammern? Ein Beitrag zur Lösung der gewerblichen Organisationsfrage, Jena 1893, S. 25 ff; Böttger, Hugo, Geschichte und Kritik des neuen Handwerker-gesetzes, Florenz Leipzig 1898, S. 21 ff; Roder, Georg, Die rechtliche Natur der Handwerkskammer, Diss. Erlangen 1936, S. 5 - 12; Meusch, Hans, Die Handwerkerbewegung von 1848/49, Alfeld/Leine 1949; Keucher, Johannes, Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Kammer-systems, Diss. Halle-Wittenberg 1951, S. 92 ff; Wernet, Wilhelm, Handwerkspolitik, Göttingen 1952 (zukünftig zitiert: Wernet, Handwerkspolitik), S. 72 ff; Walle, Bernhard, Die Handwerkskammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts, Diss. Würzburg 1953, S. 1 ff; Heinz, Gerhard, Die geschichtliche Entwicklung und die gegenwärtige Gestaltung der Selbstverwaltung in den wirtschaftlichen Berufskammern, Diss. Stuttgart 1958, S. 28 ff, 78 ff; Kreppner, Doppelzugehörigkeiten, S. 15 ff; Kolbenschlag, Heinrich; Patzig, Hans Günther, Die deutsche Handwerksorganisation, Frankfurt Bonn 1968, S. 15 ff. Zu den Phasen der bisherigen Gewerbepolitik vgl. auch Tuchtfeldt, E., a.a.O., S. 30 - 83
- 2) Vgl. Kolbenschlag, Heinrich; Lessmann, Kurt; Stücklen, Richard, Die neue Handwerksordnung, Köln 1954 (zukünftig zitiert: Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, HO), S. 7; Goldschmidt, E.F., a.a.O., S. 35; Röttges, Fritz, Grundlagen und Probleme der modernen Handwerkerbewegung, Diss. Köln 1926, S. 12 ff; Wessels, Theodor, Art. Gewerbepolitik, in: HdSW Bd. 4 (1965), S. 507(515); vgl. weiter Hampke, Thilo, Der Befähigungsnachweis im Handwerk, Jena 1892, S. 30 ff
- 3) Zur nationalsozialistischen Handwerksgesetzgebung vgl. Meyer, Helmut, Die nationalsozialistischen Grundlagen der Handwerksgesetzgebung im Dritten Reich, Diss. Erlangen 1939; speziell zur 3. HwVO vgl. Schwaab, Hermann, Handwerksrolle und großer Befähigungsnachweis, Diss. Würzburg 1936

Die 3. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18.1.1935 (RGBl. I S. 15) gestattete den selbständigen Betrieb eines Handwerks grundsätzlich nur demjenigen, der die Meisterprüfung für das zu betreibende oder ein ihm verwandtes Gewerbe abgelegt hatte. Die Handwerksrollen-Eintragung bildet damit - mit Ausnahme einiger Länder in der Nachkriegsperiode - seit 1935 die Voraussetzung der berechtigten Ausübung eines Handwerks. Dabei macht es seit dieser Verordnung für die Eintragung keinen Unterschied, ob das Handwerk in einem Haupt- oder Nebenbetrieb ausgeübt werden sollte. Vor dieser 3. HwVO war - ebenfalls auf der Grundlage des Gesetzes über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 29.Nov. 1933 (RGBl. I S. 1015) - die 1. Verordnung vom 15.Juni 1934 (RGBl. I S. 493) erlassen worden, die die Aufstellung eines Verzeichnisses aller Gewerbe vorsah, die handwerksmäßig betrieben werden konnten.¹ Am 30. Juni 1934 wurde ein solches Gewerbeverzeichnis erlassen.² Dadurch war die Frage, welche Gewerbe handwerklich betrieben werden können allgemein gültig entschieden. Vollkommene Klarheit wurde damit aber auch nicht geschaffen, denn es mußte nach wie vor im Einzelfall geprüft werden, ob ein Gewerbe, das im Verzeichnis aufgeführt ist, tatsächlich handwerksmäßig betrieben wird, denn es konnte ja auch die industrielle Betriebsweise vorliegen. Die Liste war nicht starr, sondern konnte im Verordnungswege der jeweiligen Entwicklung angepaßt werden.

War nach 1945 durch die Aufteilung des Staatsgebietes in verschiedene Besatzungszonen die einheitliche gesetzliche Regelung auf dem Gebiet des Handwerks(zulassungs)rechts verlorengegangen, und wurden in den einzelnen Zonen zum Teil unterschiedliche Regelungen erlassen,³ so wurde durch das Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 17.9.1953 (BGBl. I S. 1411) auf dem hier interessieren-

1) Vgl. § 1 Abs. 1 d.VO

2) Eine Neufassung erging am 6.Dez.1934 (RAnz. Nr. 287 vom 8.12.1934)

3) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 291 ff

den Sektor in den Grundzügen der Rechtszustand einheitlich wieder hergestellt,¹ der bereits 1935 bestand. Durch die Novellierung der Handwerksordnung von 1965² wurden lediglich die subjektiven Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle, also die persönlichen Zulassungsvoraussetzungen, erleichtert. Daneben erfuhr das Verzeichnis der handwerksfähigen Gewerbe auf einigen Positionen Änderungen. Entscheidende Neuerungen wurden aber auf dem hier interessierenden Sektor der Gewerbezulassung nicht vorgenommen.

Nach diesem kurzen Rückblick auf die Entwicklung des handwerklichen Zulassungsrechtes, bei dem der politische, ökonomische und ideengeschichtliche Hintergrund der jeweiligen Regelung höchstens angedeutet werden konnte, soll nun zu den einzelnen Bestimmungen der Gegenwart und ihrer Problematik übergegangen werden.

12. Die Bestimmungen der Gegenwart und ihre Problematik

Die gegenwärtige handwerksrechtliche Zulassungspflicht wird in § 1 HO normiert. Nach Absatz 1 dieses Paragraphen ist der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet.^{3,4} Der Begriff des Handwerksbetriebes wird in

- 1) Zur Entwicklung der Handwerksordnung von 1953 vgl. Schwindt, H., a.a.O., S. 31 ff; Hartmann-Philipp, a.a.O., S. 9 ff; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, HO, S. 9 ff; Kreppner, Doppelzugehörigkeiten, S. 93 ff; Chesi, Valentin, Strukturen und Funktionen der Handwerksorganisation in Deutschland seit 1933, Diss. Berlin 1966, S. 185 ff
- 2) Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung vom 9.Sept.1965 (BGBl. I S. 1254)
- 3) Die subjektiven Eintragungsvoraussetzungen werden im 3. Kapitel behandelt.
- 4) Die Handwerksrollen-Eintragung bedeutet nur die berechnigte selbständige Ausübung des eingetragenen Gewerbes. Will ein Handwerker mehrere Handwerke ausüben, so bedarf er der Eintragung mit dem (den) entsprechenden Handwerk(en), vgl. BVerwG v. 14.8.59 GewA 59,138(138) = NJW 59, 2181(2181), v. 14.8.59 GewA 59,139(140). Unter bestimmten Voraussetzungen bedarf es dieser zusätzlichen Eintragung aber nicht (vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 37 ff) bzw. werden die zu erfüllenden subjektiven Voraussetzungen erleichtert (vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 39 ff)

§ 1 Abs. 2 HO umschrieben. Dort heißt es: "Ein Gewerbebetrieb ist Handwerksbetrieb im Sinne dieses Gesetzes, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten ein Gewerbe umfaßt, das in der Anlage A zu diesem Gesetz aufgeführt ist."

Der Eintragungs-(Zulassungs-)pflicht unterliegen somit natürliche und juristische Personen und Personengesellschaften, die handwerksfähige "Tätigkeiten" selbständig als stehendes Gewerbe handwerksmäßig betreiben. Die zu beurteilende Tätigkeit ist daher zunächst darauf zu prüfen, ob sie sich als Betreiben eines Gewerbes darstellt. Wird dies bejaht, kommt man zu der Frage, ob dies selbständig in der Form eines stehenden Gewerbes geschieht. Hieran anschließend ist zu prüfen, ob dieser Gewerbebetrieb überhaupt ein Handwerksbetrieb sein kann (Prüfung der (abstrakten) Handwerksfähigkeit), und wenn dies feststeht, wird zu erörtern sein, ob er ein Handwerksbetrieb ist (Prüfung der (konkreten) Handwerksmäßigkeit). In dieser Reihenfolge soll der Begriff des Handwerksbetriebes auch in der vorliegenden Arbeit entwickelt werden. Dabei wird sich zeigen, daß die mit dem Gewerbebegriff zusammenhängenden Fragen weitgehend geklärt schienen, neuerdings aber erneut an Problematik gewinnen, während bei der Bestimmung des Begriffes "Handwerksbetrieb" immer wieder erhebliche Schwierigkeiten auftauchten. Diese Schwierigkeiten stehen in engem Zusammenhang mit der praktischen Bedeutung der Zuordnung eines Gewerbebetriebes zum Handwerk bzw. Nicht-handwerk, denn diese begründet unterschiedliche Rechte und Pflichten. So richtet sich danach - wie bereits angeführt - die Organisationszugehörigkeit zu Handwerkskammer oder Industrie- und Handelskammer. Weiter macht die Handwerkeigenschaft die Zugehörigkeit zu einer Innungskrankenkasse möglich. Die Abgrenzung kann auch von Bedeutung sein für die Kaufmannseigenschaft des Gewerbetreibenden. Schließlich wird damit festgelegt, ob die Berufszulassungsregelungen der Handwerksordnung zur Anwendung gelangen müssen.

Ursache für diese Probleme ist die Verwendung der Begriffe "selbständig", "Gewerbebetrieb", "Handwerk", "Handwerksbetrieb", "handwerksmäßig" und "wesentlich" durch den Gesetzgeber, ohne daß er eine Legaldefinition gibt. Nach seiner Auffassung mußte er die Tatbestandsvoraussetzungen aber in dieser - verfassungsrechtlich unbedenklichen¹ - Weise festlegen, weil eine eindeutige und praktikable Definition des Begriffes "Handwerk" nicht möglich erschien.²

Ansichts der praktischen Bedeutung der Abgrenzung liegt es nahe, zu fragen, inwieweit die Anwendung dieser unbestimmten Rechts-, oder vielleicht besser unbestimmten Gesetzesbegriffe, (untergliedert in Auslegung, Feststellung des relevanten Sachverhaltes und Subsumtion) der (verwaltungs-) gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Eine ausführliche Diskussion dieser zum Teil noch umstrittenen Probleme würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, es soll daher nur ein knapper Überblick gebracht werden.³ Die herrschende Meinung in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung geht im Hinblick auf den grundrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) - nach Wolff⁴ - dahin, daß weder ein Beurteilungsspielraum bei der Auslegung, wie er von Jesch vertreten wird,⁵ noch eine Beschränkung auf die Überprüfung der "Vertretbarkeit" (Ule)⁵ der behördlichen Entscheidung, noch eine unüberprüfbare Subsumtionsfreiheit der Verwaltungsbehörden, also ein "Beurteilungsspielraum" (Bachof)⁵ besteht. Ein Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden wird "ausdrücklich abgelehnt und eine 'uneingeschränkte Nachprüfung' für zulässig und sogar geboten gehalten."⁶ Das Bundesverfassungsgericht stützt diese Auf-

1) Vgl. hierzu - allgemein - Wolff-Bachof, § 31 I c 3, S. 189; Maunz, Theodor; Dürig, Günter; Herzog, Roman, Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 13. Ergänzungslieferung, Rd.-Nr. 90 zu Art. 20 unter Hinweis auf BVerfGE 5,85(112); 7,129(154); 8,274(326). Bedenken gegen die diesbezügliche Regelung in § 1 HO bestehen nicht.

2) Vgl. Ausschußbericht 1965, I 1a

3) Zusammenfassende Übersichten und Kritik finden sich bei: Wolff-Bachof, § 31, S. 185 ff; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 9 zu § 114; Fröhler, Ludwig, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik, Wien New York 1969, S. 192 - 197

4) Wolff, H.J., in: Wolff-Bachof, § 31 I c 3, S. 191

5) Literaturnachweise bei Wolff-Bachof, § 31 I c 3, S. 188 ff

6) Wolff-Bachof, § 31 I c 3, S. 191

fassung, wenn es ausführt: "Der durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistete Rechtsweg muß die vollständige Nachprüfung des Verwaltungsaktes in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch ein Gericht ermöglichen."¹ Tatsächlich läßt sich auch kein Urteil angeben, in dem das Gericht bei der Entscheidung der Abgrenzungsfrage den Verwaltungsakt nicht vollständig nachgeprüft hätte.

Im Interesse der Gleichbehandlung aller handwerklich Tätigen, die miteinander in Wettbewerb treten,² gelten die Vorschriften des § 1 HO auch für Handwerksunternehmen sowie handwerkliche Nebenbetriebe der öffentlichen Hand (§ 2 HO). Hierbei kommt § 2 Nr. 1 HO, wo es sich um die gewerblichen Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts handelt, nur deklaratorische Bedeutung zu, da es ausschließlich um Betriebe im Sinne von § 1 HO geht, auf die mangels einer Ausnahmenvorschrift die Bestimmungen der Handwerksordnung sowieso Anwendung finden würden.³ Die handwerklichen Nebenbetriebe der öffentlichen Hand (§ 2 Nr. 2 HO) werden, sobald die Kriterien eines stehenden Gewerbebetriebes vorliegen, als solche behandelt, unabhängig davon, ob der Hauptbetrieb,⁴ mit dem sie verbunden sind, gewerblich ist oder nicht.

Von größerer Bedeutung als die eben erwähnten Betriebe sind in der Praxis die (gewerblichen) Nebenbetriebe der Privatwirtschaft. Häufig unterhält der Inhaber eines industriellen oder kaufmännischen Unternehmens noch einen Handwerksbetrieb

1) BVerfGE 15, 275 (282)

2) Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (13. Ausschuß) über den ... eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über die Handwerksordnung - Nr. 1428 der Drucksachen, zu Drucksache I/4172 (zukünftig zitiert: Ausschußbericht 1953), S. 5, 9 (die zitierten Seiten beziehen sich auf den Wiederabdruck bei Kolben-schlag-Lessmann-Stücklen, Nr. 900)

3) So Eyermann-Fröhler-Hönig 1973, Anm. 2 zu § 2.

4) Der Begriff des "Betriebes" ist hierbei auf Grund der erwähnten Absicht des Gesetzgebers weit zu fassen

oder ein Handwerker außer einem Handwerksbetrieb einen Industriebetrieb oder ein Handelsgeschäft. Hierbei wäre etwa zu denken an handwerkliche Fleischereibetriebe die Fleischwarenfabriken angegliedert sind, oder an Mechaniker- und Kraftfahrzeugmechaniker, die einen Fahrrad- oder Autohandel betreiben. Erinnert sei weiter an Gas- und Wasserinstallateure die Installations- und sanitäre Artikel vertreiben.¹ Der Gesetzgeber hat nun über das Verhältnis Nebenbetrieb-Hauptbetrieb keine Aussagen gemacht; er hat sich darauf beschränkt, festzulegen, daß ein handwerklicher Nebenbetrieb dann vorliegt, "wenn in ihm Waren zum Absatz an Dritte handwerksmäßig hergestellt oder Leistungen für Dritte handwerksmäßig bewirkt werden, es sei denn, daß eine solche Tätigkeit nur in unerheblichem Umfange ausgeübt wird, oder daß es sich um einen Hilfsbetrieb handelt" (§ 3 Abs. 1 HO). Wegen der praktischen Bedeutung, die in unterschiedlichen Anforderungen bezüglich der persönlich zu erbringenden Voraussetzungen liegt, bedarf es einer exakten Bestimmung des Begriffes "Nebenbetrieb", d.h. einer Abgrenzung zum Haupt- bzw. Hilfsbetrieb.

In diesem Kapitel werden somit folgende Probleme behandelt: Zunächst sollen die Kriterien des selbständigen und stehenden Gewerbebetriebes dargestellt werden, dann soll die Handwerksfähigkeit von Gewerben einschließlich der Behandlung der Teilhandwerke ("oder in wesentlichen Tätigkeiten" (§ 1 Abs. 2 HO)) beschrieben werden. Hierauf folgt die Bestimmung des Begriffes "handwerksmäßig", und am Schluß werden die Erscheinungsformen des Handwerksbetriebes - Haupt-, Neben-, Hilfsbetrieb - voneinander abgegrenzt.

1) Eine umfangreichere Aufzählung geben Perkuhn, Doppelzugehörigkeit, DB 69,4 und Bernhardt, Wolfgang, Die Zugehörigkeit nichthandwerklicher Nebenbetriebe zur Industrie- und Handelskammer, GewA 59/60, 97(97)

2. Rechtskriterien des Handwerksbetriebes (im Sinne der Handwerksordnung) unter besonderer Berücksichtigung der Handwerksmäßigkeit von Gewerben

21. Der selbständige und stehende Gewerbebetrieb

211. Der Handwerksbetrieb - ein Gewerbebetrieb

Nach einhelliger Meinung muß ein Handwerksbetrieb zunächst die Kriterien eines Gewerbebetriebes erfüllen. Weder in der Handwerksordnung von 1965 noch im Gesetz zur Ordnung des Handwerks von 1953 hat der Gesetzgeber aber eine Definition oder Umschreibung der Begriffe "Gewerbe" bzw. "Gewerbebetrieb" gegeben. Auch sucht man in der Gewerbeordnung vergeblich nach einer gesetzlichen Klarstellung.

Literatur und Rechtsprechung unterscheiden nun bei der Begriffsbestimmung zwischen der "Gewerbefähigkeit" und der "Gewerbsmäßigkeit" einer Tätigkeit. Beide Kriterien sind unabdingbare Voraussetzungen eines Gewerbebetriebes, und damit auch eines Handwerksbetriebes. Fehlt daher bei einer ausgeübten Tätigkeit die Gewerbefähigkeit und/oder die Gewerbsmäßigkeit, so kann es sich um keinen Handwerksbetrieb handeln. Als Folge hiervon ergibt sich dann u.a., daß die Zulassungsvorschriften der Handwerksordnung keine Anwendung finden. Daher bedürfen beide Kriterien der Klärung.

Einfach ist die Rechtslage bezüglich der Gewerbefähigkeit, denn der Gesetzgeber hat dem Gesetz zur Ordnung des Handwerks als Anlage ein Verzeichnis derjenigen "Tätigkeiten" beigefügt, die als Handwerk betrieben werden können. Darin wird für den (sachlichen) Geltungsbereich der Handwerksordnung die Gewerbefähigkeit von 125 Berufsarten für Verwaltung und Rechtsprechung bindend festgelegt.¹ Da nur diese handwerksmäßig betrieben werden können, reduziert sich das Problem der Gewerbefähigkeit von Tätigkeiten wesentlich.²

1) Bei dieser positiven Festlegung ("Positiv"-liste !) handelt es sich um eine abschließende Aufzählung.

2) Das Problem bestimmter Betriebe der öffentlichen Hand, das in der Literatur zum Teil bei der Erörterung der Gewerbefähigkeit, zum Teil bei der Gewerbsmäßigkeit behandelt wird, soll hier zusammenhängend bei der Gewerbsmäßigkeit dargestellt werden.

Es bleibt für den Bereich des Handwerks nur die Trennung der künstlerischen Tätigkeit von der gewerblichen, also die Abgrenzung des (zulassungspflichtigen) Kunsthandwerks vom (zulassungsfreien) Beruf des Künstlers, zu erörtern.

Entscheidend für die rechtliche Qualifizierung einer Tätigkeit als gewerbliche oder freie künstlerische wird im einzelnen Fall die Qualität und der künstlerische Charakter der Leistungen sein.¹ Letztere Tätigkeiten müssen Ausdruck konstruktiven künstlerischen Denkens sein und als Verwirklichung einer eigenen schöpferischen Idee bezeichnet werden können; lediglich künstlerisches Einfühlungsvermögen und Talent genügen nicht.² Dies wird bei den Kunsthandwerken, wie Gold- und Silberschmied, Kunsttischler und -schlosser vorausgesetzt. Weiter wird zu berücksichtigen sein, ob die Erzeugnisse Ausdruck der individuellen Anschauungsweise und Gestaltungskraft des Schöpfers sind, oder ob sie nur einer neuen Moderichtung, einem neuen Stilgefühl folgen, bzw. die Formgebung auf bekannte Vorbilder zurückgeht.³ Maßgebend ist damit die eigenschöpferische Begabung im Gegensatz zu der durch Schulung und Übung erlernbaren handwerksmäßigen Fertigkeit.³ Sind künstlerische Entwürfe und Anfertigung des realen Gegenstandes ein untrennbares Ganzes, so kommt es für die Beurteilung der Tätigkeit darauf an, ob die künstlerische oder die gewerbliche Tätigkeit überwiegt.⁴ Einen Anhaltspunkt für die Abgrenzung stellt auch der Ausbildungsgang des Betreffenden dar. Serienerzeugung⁵ und die Verwendung von Gehilfen, nicht nur für Hilfs- oder Vorbereitungsarbeiten, sind weitere Indizien für die Gewerbefähigkeit. Gewerbliche und künstlerische Tätigkeiten unterscheiden sich darüber hinaus dadurch, daß letzteren sicherlich

-
- 1) So Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 99 der Einleitung
 - 2) Vgl. AG Hamburg-Wandsbek v. 18.1.62 GewA 62,204(204 f)
 - 3) So Tenhof, Dieter, Neues Urteil zur Abgrenzung Kunsthandwerker - Künstler, DHBf. 69, Heft 3, S. 68
 - 4) So OLG Schleswig v. 24.2.55 THwE bei der Entscheidung über die Abgrenzung des Damenschneiderhandwerks von der künstlerischen Tätigkeit ("Entwürfe" am lebenden Modell)
 - 5) Ebenso Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 8 zu § 1 a.A. Fröhler, in: Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 99 der Einleitung

die Merkmale der überwiegenden wirtschaftlichen Betätigung und der Gewinnerzielung fehlen oder doch derartig in den Hintergrund getreten sind, daß sie zur Bestimmung des Wesensgehaltes ohne Bedeutung sind.¹ Bei diesen Tätigkeiten bildet das geistige Element den ausschlaggebenden Faktor.

Die Gewerbsmäßigkeit erfordert eine Tätigkeit, die selbständig² und auf gewisse Dauer ausgeübt wird, sowie auf Gewinnerzielung gerichtet ist.³ Für die Erwerbsabsicht ist es gleichgültig, ob ein Gewinn tatsächlich erzielt wird, maßgebend bleibt allein der Gewinnerzielungswille,⁴ der bei privaten Betrieben vermutet werden kann.⁵ Unbeachtlich ist insbesondere die Höhe des Umsatzes bzw. des Gewinnes; ohne Belang bleibt auch, ob die Tätigkeit Haupt- oder Nebenbeschäftigung darstellt.⁶ Verfolgen Einrichtungen nur gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke, so liegt keine Gewerbeausübung vor,⁷ da es an der Erwerbsabsicht ermangelt. Weiter ist anerkannt, daß eine Tätigkeit, die lediglich Kostenminderung bezweckt, nicht gewerbsmäßig betrieben wird.⁸ Keinen Einfluß hat die Gewinnverwendung. Die gemeinnützige Verwendung der erwirtschafteten Gewinne beseitigt also die Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit nicht.⁹

-
- 1) Ebenso Schwachenwalde, Bernd, Die rechtliche Stellung der sogenannten Umschuldungsunternehmen, GewA 69, 245 (245)
 - 2) Nur der Vollständigkeit halber sei angeführt, daß auch die Meinung vertreten wird, die Selbständigkeit gehöre nicht zum Begriff des Gewerbes (vgl. hierzu Buschatzki, W.-D., a.a.O., S. 82). Dies kann aber hier dahingestellt bleiben, da die Selbständigkeit Tatbestandsmerkmal des § 1 HO ist.
 - 3) So jedenfalls Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 112 der Einleitung
 - 4) So schon Schindler, Ernst; Hoffmann, Kurt von, Das Körperschaftsrecht des Handwerks, Kommentar, Berlin 1929, Anm. 3 zu § 104 o mit Urteilsnachweisen; Siegert-Musielak, Anm. 6 zu § 1; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 5 zu § 1
 - 5) So Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 1
 - 6) Vgl. Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Anm. 124 der Einleitung
 - 7) So Hartmann-Philipp, a.a.O., Anm. 5 zu § 1
 - 8) Wie Anmerkung 4; Fuhr, E., a.a.O., Einleitung Abschnitt A, S. 7; BVerwG v. 2.9.63 NJW 63, 2287 (2287) mit weiteren Nachweisen
 - 9) Vgl. Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 115, 122 der Einleitung; Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 1

Als weiteres Kriterium der Gewerbsmäßigkeit wurde die Wiederholungsabsicht genannt. Tätigkeiten, die nur einmal ohne die Absicht einer Wiederholung ausgeübt werden, sind nicht gewerblich.¹ Andererseits ist weder erforderlich, daß der Betrieb auf gewisse Dauer berechnet ist, noch daß er den gesamten Lebensunterhalt des Betriebsinhabers decken soll.¹ Saisonbedingte Tätigkeiten sind gewerblicher Natur.² Die Wiederholungsabsicht muß nicht ausdrücklich kundgetan werden, es reicht, wenn sie sich aus den Begleitumständen ergibt.³ Ein einmaliger Auftrag, selbst wenn sich seine Abwicklung über mehrere Tage hinzieht, erfüllt dieses Kriterium nicht.⁴

Gewisse Schwierigkeiten bereiten die Betriebe der öffentlichen Hand.⁵ Unproblematisch in dieser Hinsicht sind etwa staatliche Brauereien oder Beteiligungen an typischen privatwirtschaftlichen Unternehmen. Keine Gewerbebetriebe, und damit auch keine Handwerksbetriebe sind dagegen die Betriebe der öffentlichen Hand, wenn sie in erster Linie spezifisch öffentliche Aufgaben erfüllen,⁶ d.h. solche Aufgaben, die herkömmlicherweise oder aus Gründen der stetigen Versorgung privaten Unternehmen nicht überlassen werden können. Ihnen fehlt es bereits an dem Kriterium der Gewerbefähigkeit. Dies gilt selbst dann, wenn diese Unternehmen in den handelsrechtlichen Rechtsformen (z.B. AG, GmbH) erscheinen. Unternehmen, die überwiegend Funktionen der öffentlichen Gewalt ausüben, deren Leistungen von den Bürgern nicht auf Grund freiwillig abgeschlossener privatrechtlicher Verträge, sondern auf Grund eines Anschluß- oder Benutzungszwanges abgenommen werden, unterliegen also nicht den Bestimmungen der Handwerksordnung.⁷ Aller-

1) So Hartmann-Philipp, a.a.O., Anm. 5 zu § 1

2) Vgl. Entschließung der Regierung von Mittelfranken v. 10.11.69, in: GewA 70,38; Fuhr, E., a.a.O., Einleitung, Abschnitt A, S. 16 mit Urteilsnachweisen

3) So Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 7 zu § 1; Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 126 der Einleitung

4) Vgl. OLG Hamm v. 9.5.50 BB 56,643(643)

5) Urteile zur handwerksrechtlichen Behandlung von Betrieben der öffentlichen Hand wurden trotz gründlicher Suche nicht gefunden; auch findet sich in der Literatur kein diesbezüglicher Hinweis

6) Vgl. Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 101, 113 der Einleitung

7) So Steffens, H., a.a.O., Anm. II 2a zu § 2

dings ist hier hinzuzufügen, daß es seltsam anmutet, daß etwa Gas-, Wasser- und Elektrizitätsunternehmen, soweit sie handwerkliche Tätigkeiten im Sinne der Positivliste ausüben, so lange nicht eingetragen werden, als sie - im Besitz der öffentlichen Hand befindlich - am öffentlichen Netz arbeiten, gleichzeitig aber private Unternehmen, wenn sie mit der Ausführung dieser Tätigkeiten (vom öffentlichen Unternehmen) beauftragt werden, eingetragen sein müssen. Deutlich zeigt sich dieser Widerspruch etwa auch bei gewissen Tätigkeiten des Fernmeldehandwerks, soweit diese einerseits von der Deutschen Bundespost oder andererseits von privaten Unternehmen vorgenommen werden. Diese Sonderstellung öffentlicher Unternehmen widerspricht der Absicht des Gesetzgebers, denn er wollte "für den Fall des Wettbewerbs mit Handwerksbetrieben" "die Gleichbehandlung aller handwerklich Tätigen".¹

Eindeutiger ist die Rechtslage dann wieder, wenn diesen Betrieben (handwerkliche) Nebenbetriebe angeschlossen sind, die etwa auf Grund privatrechtlicher Verträge über den Hausanschluß hinaus in den Häusern Elektro-, Gas- und Wasserleitungsinstallationen ausführen.² Insoweit handelt es sich um Fälle des § 2 Nr. 2 HO, so daß die Bestimmungen der Handwerksordnung eindeutig Anwendung finden. Umstritten ist weiter die Beurteilung von Gefängniswerkstätten und (überbetrieblichen) Lehrwerkstätten, soweit diese am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen.³ Da die praktische handwerksrechtliche Relevanz dieser Einrichtungen aber äußerst geringfügig ist, soll der Hinweis genügen, daß diese Institutionen, soweit sie die Voraussetzungen des § 3 HO erfüllen,⁴ - und gerade hieran fehlt es in der Praxis in den meisten Fällen⁵ - als eintragungspflichtig betrachtet werden.⁶

1) Ausschlußbericht 1953, II S. 9

2) Vgl. Steffens, H., a.a.O., Anm. II 2a zu § 2

3) Vgl. einerseits Landmann-Kohmer-Eyermann-Fröhler-Rieger, Rd.-Nr. 113 der Einleitung, andererseits Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 5,6 zu § 1

4) § 3 HO setzt die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr voraus

5) So werden etwa im Bereich der Kammer für Mittelfranken die in den überbetrieblichen Lehrwerkstätten erstellten Produkte wieder vernichtet. Die Gefängniswerkstätten arbeiten meist für den eigenen Bedarf oder den ihres Trägers.

6) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 2; Kolben-
...-Stöckel, Anm. 5 zu § 2; Siebert-Fuchs, a.a.O., Anm. 5 zu § 2

Neben dieser durch die Kriterien Gewerbefähigkeit und Gewerbmäßigkeit gekennzeichneten Tätigkeit setzt der Begriff "Handwerksbetrieb" im Sinne der Handwerksordnung das selbständige Betreiben eines Gewerbes voraus. Dieser Terminus soll nun erläutert werden.

212. Der Handwerksbetrieb - ein selbständiger Gewerbebetrieb

Der Begriff des selbständigen Gewerbetreibenden ist gesetzlich nicht ausdrücklich festgelegt. Rechtsprechung und Schrifttum haben ihn dahin entwickelt, daß man als selbständig den Berufsausübenden bezeichnet, der für eigene Rechnung und unter eigener Verantwortung gewerblich tätig wird.¹ Typisch für den selbständigen Gewerbebetrieb ist es, daß Unternehmensrisiko, Unternehmenschance und unternehmerische Initiative beim Betriebsinhaber liegen.² Für die Selbständigkeit spricht in der Regel die eigene Betriebsstätte - gleichgültig ob zu Eigentum oder nur gemietet - sowie die Möglichkeit, frei über die eigene Zeit verfügen zu können.³ Ein in abhängiger (weisungsgebundener) Stellung stehender Arbeitnehmer wird in der Regel nicht als selbständiger Gewerbetreibender zu betrachten sein. Dies gilt nicht für den Fall, daß er unabhängig von seiner Arbeitnehmertätigkeit etwa nach Feierabend⁴ oder am Wochenende regelmäßig oder bei sich bietender Gelegenheit für Privatkundschaft in gewerblicher Weise tätig wird.⁵ Fehlt die eigene Betriebsstätte und wird die Tätigkeit beim Auftraggeber ausgeführt, ohne Arbeitnehmer zu sein, so liegt dennoch ein selbständiger Gewerbebetrieb vor.⁶

1) Vgl. Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 8 zu § 14; Steffens, H., o.a.G., Anm. 4 zu § 1; BVerfG v. 17.7.61 BVerfGE 13,97(105); OLG Frankfurt v. 29.4.65 GewA 66,90(91); OLG Köln v. 8.2.67 GewA 68,206(207)

2) So Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 8 zu § 14

3) Vgl. Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 12 zu § 14; Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 28 zu § 1; VGH Bad.-W. v. 9.2.60 GewA 61,121(121)

4) Vgl. VG Gelsenkirchen v. 15.12.66 GewA 67,130(131); VGH Bad.-W. v. 9.2.60 GewA 61,121(121)

5) So Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 31 zu § 1

6) Dies ergibt sich aus der Natur der Tätigkeit z.B. beim Maurer, Zimmerer, Maler, Fliesenleger

Das Ausmaß der Selbständigkeit spielt eine besondere Rolle bei Zulieferer-Betrieben, Konzessionären und Sub-Unternehmen. Es wird hierbei im Einzelfall darauf abzustellen sein, in welchem Ausmaße die Verantwortung und das Risiko der Auftragsausführung, das Maß der Eigenständigkeit beim Beauftragten liegen;¹ allein die Tatsache, daß dieser längere Zeit nur für einen Auftraggeber arbeitet, genügt nicht, um die Selbständigkeit zu verneinen.²

Es kommt demnach insbesondere bei der Auslegung des Begriffes Selbständigkeit darauf an, diesem den Gegenbegriff ("Unselbständigkeit" oder "Abhängigkeit") gegenüberzustellen. Dabei ist unter Berücksichtigung der Gesamtstruktur des anliegenden Falles zu entscheiden, ob eine größere Übereinstimmung mit dem Begriff Selbständigkeit oder seinem Gegenbegriff vorliegt. Das Fehlen einzelner Merkmale muß daher nicht unbedingt Unselbständigkeit bedeuten.³

Unbestritten keine selbständigen Gewerbetreibenden sind u.a.: Stellvertreter,⁴ Betriebsleiter⁴ und Gewerbegehilfen.⁵ Selbständiger Gewerbetreibender ist dagegen in der Regel der Pächter.⁶

213. Der Handwerksbetrieb - ein stehender Gewerbebetrieb

Wie § 1 Abs. 1 HO weiter festlegt, ist nur das selbständige Betreiben eines Handwerks als stehendes Gewerbe eintragungspflichtig.⁷ Eine Definition dieses Begriffes findet sich weder in der Gewerbeordnung noch in der Handwerksordnung.

1) Vgl. LVG Düsseldorf v. 20.1.60 GewA 59/60,230; OVG Münster v. 22.7.64 GewA 65,60(60); OLG Köln v.8.2.67 GewA 68,206 a.A. LG Nürnberg-Fürth v. 8.1.64 GewA 65,106(108); VG Münster v.26.10.65 GewA 66,132(132), hier wird die Anwendung der Handwerksordnung auf Sub-Unternehmer prinzipiell abgelehnt

2) Vgl. OLG Köln v. 8.2.67 GewA 68,206(206)

3) So auch Eyermann-Fröhler-Monig 1973, Anm. 30 zu § 1, und vom Ergebnis her AG Detmold v. 14.8.69 GewA 70,12(12)

4) Auch wenn ihnen gewisse Unternehmerfunktionen übertragen sind. Vgl. hierzu auch die Ausführungen zum Betriebsleiterprinzip, S. 316 ff

5) Vgl. Hartmann-Philipp, a.a.O., Anm. 2 zu § 1

6) Vgl. Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 1 zu § 1

7) Der Grund dieser Beschränkung ist wohl in der geschichtlichen Entwicklung des Handwerks zu sehen, wird doch Selbständigkeit und Ortsgebundenheit als dem Handwerksbegriff zugehörig betrachtet. Durch diese Beschränkung offenbart sich auch, daß der Publikumschutz (Gefährlichkeit der einzelner Handwerke) nicht der entscheidende Grund für den allgemeinen Publikumsnachweis war. (So Eyermann-Fröhler-Monig 1973, Anm. 36 zu § 1)

Aus der Einteilung der Titel der Gewerbeordnung ergibt sich, daß alle Formen und Arten des Gewerbebetriebes, die weder dem Reisegewerbe noch dem Marktverkehr zuzurechnen sind, stehendes Gewerbe darstellen (negative Festlegung des Begriffes). Hieraus ergeben sich für die Zulassungspflicht nach der Handwerksordnung folgende Konsequenzen: Da die Bestimmungen über den Marktverkehr und die Marktfreiheit sich nur auf den Kauf und Verkauf von Waren auf Messen, Jahr- und Wochenmärkten beziehen, diese Tätigkeiten aber, wenn sie von Handwerkern durchgeführt werden, einen stehenden Gewerbebetrieb, nämlich den Ort der handwerksmäßigen Herstellung dieser Waren, voraussetzen, sind die §§ 64 ff GewO für die handwerksrechtliche Zulassungspflicht nicht relevant. Der stehende Gewerbebetrieb muß daher - für vorliegendes Problem - nur vom Reisegewerbe abgegrenzt werden, dessen Legaldefinition sich in § 55 Abs. 1 GewO findet. Danach fällt hierunter nur die Ausübung der dort bezeichneten Gewerbearten und Gewerbeformen außerhalb der Räume der gewerblichen Niederlassung oder auch ohne eine solche zu haben ohne vorherige Bestellung.¹ Im Umkehrschluß liegt damit in folgenden Fällen ein stehendes Gewerbe vor: Wenn die Tätigkeit innerhalb der gewerblichen Niederlassung oder außerhalb der gewerblichen Niederlassung auf vorherige Bestellung oder ohne gewerbliche Niederlassung auf vorherige Bestellung ausgeübt wird. Die Definition des Begriffes "gewerbliche Niederlassung" findet sich in § 42 Abs. 2 GewO. Danach ist eine gewerbliche Niederlassung dann vorhanden, wenn ein Gewerbetreibender im Geltungsbereich der Gewerbeordnung einen zu dauerndem Gebrauch eingerichteten, ständig oder in regelmäßiger Wiederkehr von ihm benutzten Raum für den Betrieb seines Gewerbes besitzt. Dieser Raum braucht nicht ein besonderer Geschäftsraum zu sein, er kann mit der Wohnung des Gewerbetreibenden identisch sein.² Es genügt, wenn ein Mittelpunkt der gewerblichen Tätigkeit vorliegt, an dem oder von dem aus die Tätigkeit betrieben wird.

1) Vgl. VGH Bad.-W. v. 20.11.72 GewA 73,159(159 f)

2) Vgl. Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 10 zu § 42 mit Urteilsnachweisen

Kein stehendes Gewerbe liegt demnach vor, wenn umherziehende Glaser, Korbmacher, Uhrmacher, Schneider, Scherenschleifer die Arbeiten an Ort und Stelle sofort ausführen.¹ Dagegen handelt es sich um stehende Gewerbeausübung, wenn der Handwerker auf Abruf zum Kunden kommt, auch wenn er seine Tätigkeit ausschließlich dort ausübt, wie dies etwa für die Fernsehschnelldienste gilt. Hier wird in der Wohnung oder der Zentrale des Gewerbetreibenden der gewerbliche Mittelpunkt gesehen.² Ein Gewerbetreibender, der seine Erzeugnisse in der Werkstatt oder im Labor herstellt und ausschließlich im Umherziehen absetzt, übt ebenso ein stehendes Gewerbe aus, wie derjenige, der zeitweise umherzieht, zeitweise aber sein Gewerbe in seiner gewerblichen Niederlassung betreibt.² Auch wenn Tätigkeiten zum Teil außerhalb der gewerblichen Niederlassung ausgeübt werden, liegt also ein stehendes Gewerbe vor. Eine Aufspaltung der (einheitlichen) gewerblichen Tätigkeit in Teilbereiche ist abzulehnen, zumal dies auch den wirtschaftlichen Gegebenheiten fremd wäre. So kann man etwa die Tätigkeit eines Straßenfotografen, auch wenn er photographische Aufnahmen ohne vorherige Bestellung macht, nicht in die Bereiche Reisegewerbe (photographische Aufnahme) und stehendes Gewerbe (Entwickeln und Kopieren) aufgliedern. Hier handelt es sich um eine einheitliche gewerbliche Betätigung. Das Interesse des Kunden ist auf das fertige Bild, nicht etwa nur auf das Belichten des Filmes gerichtet. Dieser einheitlichen gewerblichen Betätigung wird auch nur eine einheitliche Betrachtungsweise gerecht.³

Diese Ausführungen sollen für die Beschreibung des allgemeinen gewerberechtlichen Charakters eines Handwerksbetriebes genügen, und es kann nunmehr zu den spezifischen Merkmalen übergegangen werden. Waheliegend ist dabei, zunächst den Kreis von Problemen zu behandeln, der die Fragen nach der (abstrakten) Handwerksfähigkeit beinhaltet. Hier wird darzustellen sein, welche Gewerbe nach Auffassung des Gesetzgebers Handwerke sein können, wie er dies geregelt und nach welchen Grundsätzen er die Auswahl getroffen hat.

1) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 38 zu § 1

2) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 39 zu § 1

3) Vgl. VG Berlin v. 15.2.68 GewA 69,39(40)

22. Die Handwerksfähigkeit von Gewerben

221. Sinn und Zweck der Positivliste

Im Bereich der Wirtschaftswissenschaften und auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde immer wieder versucht, die Begriffe "Handwerk", "Handwerker" und "Handwerksbetrieb" zu definieren bzw. generalisierend zu umschreiben. Aus der endlosen Reihe der Begriffsbestimmungen seien einige ausgewählt, um die Schwierigkeiten, vor die sich diese Disziplinen gestellt sahen, aufzuzeigen. Nach Debus ergibt sich folgender Handwerksbegriff^{1,2}: "Handwerk als Betriebsform ist ein auf Fertigung, Sachwerterhaltung, Instandsetzung, Anbringung, Reinigung, persönliche Dienstleistungen und allseitige Nachwuchsausbildung gerichteter Gewerbebetrieb, der von einem selbständigen, auf Grund eines Befähigungsnachweises mit der Befugnis zur Betriebsführung und Anleitung von Lehrlingen ausgestatteten, in die Handwerksrolle eingetragenen Meister geführt wird. Auch bei Arbeitsteilung und Maschinenverwendung werden vorwiegend Handarbeiter beschäftigt, die auf Grund einer mehrjährigen umfassenden Fachausbildung den ganzen Arbeitsvorgang beherrschen. Der Betrieb ist durch die aufsteigende Personengliederung Lehrling, Geselle, Meister gekennzeichnet und innungsmäßig organisiert." Diese Definition bringt zwar, wie er selbst ausführt, eine nahezu³ "lückenlose Aufzählung der handwerklichen Betriebszwecke, die besondere Betonung des für das Handwerk charakteristischen Vorranges der Menschenwelt im Betrieb und die Hereinnahme von früher als für die Begriffsbildung unerheblich abgelehnten Merkmalen oder solcher, die erst durch die jüngste Entwicklung des Handwerks in wirtschaftlich-technischer, or-

1) Debus, Wilhelm, Der Begriff des Handwerks, entwickelt an den Erscheinungsformen des heutigen deutschen Handwerksbetriebes, Diss. Frankfurt 1940, S. 84

2) Eine ähnliche Begriffsbestimmung gibt Rohde (R., Heinz, Wesen und Inhalt des Begriffes Handwerk in der Gegenwart. Ein Beitrag zur Lösung der Frage Handwerksbetrieb oder Industriebetrieb, Diss. Hamburg 1950, S. 55)

3) Die neuere Handwerksliteratur unterscheidet zwischen sechs Teilfunktionen: Herstellung, Reparatur, Montage und Installierung, Wartung und Pflege, Dienstleistungen, Handelstätigkeit (vgl. Wernet, Wilhelm, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, Münster/Westfalen 1965, S. 38). Die Definition von Debus läßt folglich nur die Handelstätigkeit vermissen

ganisatorischer oder rechtlicher Hinsicht wesentliche Bedeutung erlangt haben",¹ indes für die gewerberechtliche Zuordnung eines Betriebes bleibt bei näherer Betrachtung nicht mehr viel übrig: Der Befähigungsnachweis sowie die Eintragung in die Handwerksrolle sind nämlich erst die Wirkung der Ausübung eines Handwerks, deren Rechtsfolge; nicht weil der Selbständige eine Meisterprüfung abgelegt hat und in die Handwerksrolle eingetragen ist, handelt es sich um einen Handwerksbetrieb, sondern weil es sich um einen solchen Betrieb handelt, muß der Inhaber in die Handwerksrolle eingetragen sein, und hierfür grundsätzlich den Befähigungsnachweis erbracht haben. Die aufsteigende Personengliederung kann auch nicht als Differenzierungskriterium herangezogen werden, da sie im Industriebetrieb ebenfalls zu beobachten ist; das gleiche gilt für die umfassende Fachausbildung (Facharbeiterprüfung !). Von der sehr umfangreichen Begriffsbestimmung bleibt nur die Aussage, daß bei Arbeitsteilung und Maschinenverwendung vorwiegend Handarbeiter beschäftigt werden, die auf Grund einer mehrjährigen umfassenden Fachausbildung den ganzen Arbeitsgang beherrschen. Eine solche Beschreibung wird dem differenzierten Erscheinungsbild des Handwerksbetriebes nicht gerecht. Gleiches gilt für die Definition von Schmoller. Er versteht unter einem solchen Betrieb "das kleine, mit der Familienwirtschaft des Inhabers verbundene Geschäft eines durch irgendeine besondere technisch-gewerbliche Geschicklichkeit sich auszeichnenden Meisters, der alleine oder mit seiner Familie oder wenigen Gehilfen für Kunden arbeitet, an sie seine Arbeit oder seine Produkte verkauft."² Landmann-Rohmer geben im Kommentar zur Gewerbeordnung folgende Definition des Begriffes "Handwerk"³: "Unter Handwerk im Sinne der Gewerbeordnung versteht man die nicht fabrikmäßig unter Beteiligung des Betriebsinhabers

1) Debus, W., a.a.O., S. 84

2) Schmoller, Gustav, Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre, München Leipzig 1923, S. 472

3) Landmann, Robert von; Rohmer, Gustav, Kommentar zur Gewerbeordnung, Band 2, Teil I, 8. Auflage, München 1930, S. 82 f

oder seines Stellvertreters am technischen Hergang der Warenerzeugung betriebenen Gewerbe der Be- und Verarbeitung von Rohstoffen und Halbfabrikaten, ferner der Reparatur und Reinigung von Gegenständen und noch einige andere Gewerbe, die in der Verrichtung persönlicher Dienste bestehen (Barbiere und Friseure insbesondere), vorausgesetzt, daß in diesen Gewerben eine handwerksmäßige Lehrlingsausbildung stattfindet." In diesem Lösungsversuch wird auf die handwerksmäßige Lehrlingsausbildung abgestellt. Dieses Kriterium kann jedoch nicht entscheidend sein, da ansonsten kleine Betriebe, die keine Lehrlinge beschäftigen, aus dem Bereich des Handwerks herausfallen würden. Das Fehlen von handwerklichen Lehrlingen kann aber niemals eine industrielle Betriebsweise begründen.¹ Darüber hinaus enthält die Definition einen "Gedankenkreis",² da der zu definierende Begriff in der Definition als bekannt vorausgesetzt wird. Weiter bringt dieser Lösungsversuch insofern eine neue Schwierigkeit, als der Begriff "fabrikmäßig" ebenfalls nicht eindeutig festgelegt ist.³ Abschließend⁴ sei noch der Versuch Mussels aus dem Jahre 1936 angeführt, der sehr

- 1) Nach dem Reichswirtschaftsgericht vermochte aber auch die Frage, ob Lehrlinge ausgebildet werden können, nichts zur Entscheidung über die Zuordnung beitragen, vgl. RWG v. 6.10.31, in: Richter, Johannes, Entscheidungen des früheren Reichswirtschaftsgerichtes über Einsprüche gegen die Eintragung in die Handwerksrolle, Hannover 1950, S. 129 (zukünftig zitiert: Richter)
- 2) Gerard, Martin, Die Stellung des Handwerks im Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Abgrenzung des Handwerks, Diss. Heidelberg 1930, S. 21
- 3) Vgl. Meusch, Wolfgang, Das Handwerk im geltenden Recht unter Berücksichtigung des Handwerksbetriebes, Diss. Göttingen 1937, S. 11
- 4) Diese Begriffsbestimmungen könnten noch durch eine Vielzahl anderer gleichen und ähnlichen Inhalts ergänzt werden (vgl. die Zusammenstellungen bei Weinbrenner, Ernst, Die Abgrenzung des Handwerks vom Nichthandwerk im Rechte der Berufsvertretungen, Diss. Münster 1934, S. 15 ff; Junker, Ernst, Eindeutige Abgrenzung zwischen Handwerks- und Fabrikbetrieb unter Anwendung eines allgemeingültigen Systems von Grund-, Leit- und Lehrsätzen, Diss. Göttingen 1935, S. 34 ff; Wernet, Abgrenzung, S. 16 ff; Küffner, Gerhard, Die Zugehörigen der Handwerkskammer, (unveröffentlichte) Diplomarbeit, Nürnberg 1971, S. 26 ff); dies ist aber nicht erforderlich, da hier nur die prinzipiellen Schwierigkeiten aufgezeigt werden sollten

eingehend, zum Teil im Gegensatz zur herrschenden Meinung, den Handwerksbetrieb definiert. Nach seiner Meinung liegt ein solcher dann vor, wenn "in Anwendung handwerklicher Fachkenntnisse und bei einer gewissen persönlichen Verbundenheit des Inhabers mit dem Betriebe selbst und seinen Mitarbeitern vorwiegend durch gelernte Arbeiter produziert wird, ohne daß die Mechanisierung des Betriebes die Handarbeit ersetzt und ohne daß Arbeitsteilung in Gestalt einer völligen Arbeitserlegung die Produktionsweise kennzeichnet. Größenmerkmale, wie Höhe des Umsatzes und der Kapitalanlage, Zahl der Beschäftigten, Größe der gewerblichen Räume und die Verwendung kaufmännischer Einrichtungen sind nur von Bedeutung, soweit die zuerst genannten Merkmale bereits auf nichthandwerkliche Produktionsweise schließen lassen. Ohne Bedeutung ist es, ob der Inhaber persönlich mitarbeitet und ob er das Handwerk erlernt hat, ob nur auf Bestellung oder auch auf Vorrat gearbeitet wird. Auf keinen Fall kann aber das Vorliegen des einen oder anderen Merkmales allein die Annahme eines handwerklichen oder nichthandwerklichen Betriebes rechtfertigen. Immer ist die Gesamtheit der Betriebserscheinungen ins Auge zu fassen, die gesamte innere Struktur des Betriebes zu berücksichtigen."¹ Abgesehen vom "circulus vitiosus" (Gerard),² daß sie den Handwerksbetrieb durch den Begriff "handwerkliche" Fachkenntnisse umschreiben will, diesen also als bekannt und typisch voraussetzt, bringt diese Begriffsbestimmung zahlreiche Merkmale in relativierter Form.

Alle diese Lösungsversuche zeigen, wie schwierig es ist, die Fülle der Handwerksberufe, die Verschiedenartigkeit der Funktionen und die Flüssigkeit der Grenzen gegenüber der Industrie in einer Form zu erfassen, die den Anforderungen der Vollständigkeit und Praktikabilität genügt. Die vorhandenen Definitionen schaffen keinen klaren und einheitlichen Begriff des Handwerksbetriebes; sie sind nicht all-

1) Mussel, Walter, Großhandwerks- und Kaufmannsrecht. Eine rechtstatsächliche und rechtspolitische Untersuchung, Stuttgart 1936, S. 20

2) Gerard, M., a.a.O., S. 21

gemein anerkannt, und widersprechen sich teilweise.¹ Die Versuche werden durch ihre generalisierenden Aussagen dem differenzierten Erscheinungsbild des Handwerks, d.h. seinen natürlichen Eigentümlichkeiten nicht gerecht. Diesbezügliche Bemühungen müssen deshalb als gescheitert angesehen werden;² eine einheitliche, klare Definition kann nicht gegeben werden.³

Angesichts dieser Sachlage verwundert es nicht, daß in deutschen Gesetzen keine erschöpfende Begriffsbestimmung existiert. Eine prägnante, eindeutige Definition war dem Gesetzgeber auch 1953 beim Erlaß der Handwerksordnung und bei deren Novellierung im Jahre 1965 nicht möglich.⁴ Bewußt hat er weiter darauf verzichtet, besondere Merkmale als charakteristisch für einen Handwerksbetrieb festzulegen. Begründet wurde dieser Schritt - zutreffenderweise - damit, daß alle denkbaren Merkmale ebenso für kleine und mittlere Gewerbe- oder Industriebetriebe in Frage kommen und aus der Aufführung besonderer Kriterien falsche Schlußfolgerungen für die Auslegung der Begriffe gezogen werden könnten.⁴ Zudem hätte eine gesetzliche Regelung, soweit sie in bezug auf ihren Umfang überhaupt praktikabel gewesen wäre, die natürliche Entwicklung der Termini gehemmt, was der Gesetzgeber vermeiden wollte. Auf der anderen Seite sollte aber die Bestimmung dessen, was als Handwerk im Sinne der Handwerksordnung anzusehen ist, nicht vollkommen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis anvertraut werden;⁵ wie dies noch nach der Novelle von 1929 der Fall war.⁶

- 1) Vgl. z.B. die Ausführungen von Rößle (R., Karl, Betriebswirtschaftslehre des Handwerks, Wiesbaden 1955, S. 4) und Mellerowicz (M., Konrad, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, III. Band, Berlin 1963, S. 71)
- 2) So auch Burkhard, Wolfgang, Die Wandlungen in der inneren Struktur des Handwerks seit dem Ende des 19. Jahrhunderts, Diss. Bonn 1954, S. 1
- 3) Ebenso Rößle, Karl, Das bayerische Handwerk, München 1950, S. 19; ders., Betriebswirtschaftslehre, S. 4; ders., Art. Handwerksbetrieb, in: HdSW Bd. 5 (1956), S. 42(42). Bei Junker, E., a.a.O., S. 5 ff findet sich eine Aufstellung derjenigen, welche eine Begriffsbestimmung im Sinne einer Definition für unmöglich halten.
- 4) Vgl. Ausschlußbericht 1965, I Nr. 1a
- 5) Vgl. Ausschlußbericht 1953, I Nr. 9
- 6) Vgl. § 104 o des Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung vom 11. Febr. 1929 (RGBl. I S. 21)

Der Gesetzgeber hat sich daher darauf beschränkt,

- 1) ein Verzeichnis der Gewerbe aufzustellen, die überhaupt handwerksmäßig betrieben werden können (Anlage A zum Gesetz) und
- 2) zu bestimmen, daß ein Handwerksbetrieb nur dann vorliegt, wenn ein aufgeführtes Gewerbe vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten handwerksmäßig betrieben wird.

Die Anlage A bestimmt also positiv - daher der Name Positivliste - welche Gewerbe überhaupt als Handwerk betrieben werden können. Im Umkehrschluß folgt, daß ein Gewerbe, welches nicht in der Positivliste enthalten ist, in keinem Fall Handwerk im Sinne der Handwerksordnung sein kann, auch dann nicht, wenn es in der Art eines Handwerks betrieben wird¹: Handwerksbetrieb kann demnach nur ein Gewerbebetrieb sein, dessen Arbeitsbereich vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten einer in der Positivliste aufgeführten und damit handwerksfähigen Gewerbeart zuzurechnen ist.² Die Anlage A scheidet damit - negativ³ - all diejenigen Gewerbe aus, denen es der abstrakten Handwerksfähigkeit mangelt. Sie erspart die Nachprüfung, ob das ausgeübte Gewerbe ein Handwerk sein kann.⁴ Insoweit bindet die Liste Gerichte und Verwaltungsbehörden in ihren Entscheidungen.⁵

1) Ebenso Steffens, H., a.a.O., Anm. 2a zu § 1

2) So Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 11

3) Der Ansicht vom Buschatzki (a.a.O., S. 90 f), daß ein aufgeführter Gewerbebetrieb damit noch nicht positiv als Handwerksbetrieb festgestellt sei, ist zuzustimmen, aber durch diese Liste soll auch nicht die Handwerksmäßigkeit, sondern die Handwerksfähigkeit von Gewerben (positiv) festgelegt werden; der Einwand von Buschatzki gegen die Bezeichnung der Anlage A als Positivliste geht daher fehl

4) Ebenso Hartmann-Philipp, a.a.O., Anm. 3 zu § 1

5) Ebenso Schwandt, H., a.a.O., Anm. 9 zu § 1

Die Bestimmung der Begriffe "Handwerk", "Handwerker" und "Handwerksbetrieb" erfolgt damit - wie bereits ausgeführt - sowohl in abstrakter (= genereller) als auch konkreter (= individueller) Betrachtungsweise. Von welchen Überlegungen der Gesetzgeber dabei bezüglich der Handwerksfähigkeit von Gewerben, also bezüglich deren Voraussetzungen für die Aufnahme in das Verzeichnis ausging, soll im folgenden Abschnitt dargestellt werden.

222. Die Grundsätze für die Erstellung der Positivliste

Für die Aufstellung der Anlage A wurden im Gesetzgebungsverfahren der ersten Legislaturperiode folgende Grundsätze entwickelt:

1. Die in die Liste aufzunehmenden Gewerbe müssen einen Vollberuf darstellen, der eine ordentliche Lehrzeit von 3 bis 4 Jahren mit anschließender Gesellenprüfung, mehrjähriger Gesellentätigkeit mit anschließender Meisterprüfung als Abschluß der Berufsausbildung erfordert.
2. Dieser Vollberuf soll nach Möglichkeit so umfassend sein, daß der Handwerker sich aus diesem Grundberuf heraus spezialisieren kann.
3. Beim Nachlassen der Arbeitsfähigkeit durch natürlichen Verschleiß oder durch Krankheit oder Unfall soll der Handwerker durch den Vollberuf in den Stand gesetzt werden, von einem Spezialzweig dieses Vollberufes in einen anderen umzuwechseln, der weniger körperliche Kraft beansprucht.
4. Für die Aufnahme in die Liste muß ein öffentliches Interesse im Sinne der eingangs erwähnten Grundsätze bestehen²

Welche Gewerbe diesen Grundsätzen entsprachen und damit die Entscheidung über die Aufnahme in die Liste ergab sich nach den damals gültigen Berufsbildern.³

1) Gemeint ist der Rahmen, der durch Art. 12 GG abgesteckt wird, vgl. Ausschußbericht 1953, I Nr. 3

2) Ausschußbericht 1953, I Nr. 18

3) Der Begriff "Berufsbild" hat verschiedene Bedeutungen. Im Bereich des Handwerks wird darunter eine stichwortartige, zusammengefaßte Darstellung sowohl der Tätigkeitsgebiete des Handwerksberufes einschließlich spezieller Fachgebiete als auch der für die Ausübung dieser Arbeitsgebiete erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten verstanden. Erreicht werden soll damit eine möglichst prägnante Kennzeichnung des jeweiligen Handwerksberufes in der ganzen Breite der betrieblichen Praxis.

Die soeben angeführten Grundsätze, nach denen sich die Handwerksfähigkeit von Gewerben unter Gesichtspunkten der Berufsausbildung und -ausübung ergeben sollte, wurden bei der Novellierung der Handwerksordnung überprüft, ausdrücklich bestätigt und durch folgende Feststellungen ergänzt:¹

1. Der Entwicklung der Betriebe und der Berufsausbildung sollen keine unnötigen Schranken gesetzt werden
2. Die Entwicklung der Industrie soll mitberücksichtigt werden, weil ein wesentlicher Teil der im Handwerk Ausgebildeten später in der Industrie tätig wird
3. Die Übersichtlichkeit soll durch neue Gruppierung, die nahestehende Handwerke einander zuordnet, verbessert werden
4. Es sollten im Rahmen der grundsätzlich für erforderlich gehaltenen Zusammenfassung von Gewerben unter dem Gesichtspunkt der "verwandten Handwerke" solche Einzelpositionen gebildet werden, die es den einzelnen Gewerbetreibenden gestatten, bei technischen und wirtschaftlichen Änderungen "verwandte" Tätigkeiten auszuführen
5. Die in der Anlage A aufgeführten Handwerke sollten so umgrenzt werden, daß auf der Grundlage eines einmal erlernten Berufes eine möglichst große Beweglichkeit (Mobilität) der Arbeitskräfte gewährleistet ist
6. Die traditionelle Zugehörigkeit zum Handwerk soll kein ausreichender Grund für den Verbleib in der Anlage A sein

Die Anlage A der Handwerksordnung von 1953 basiert auf dem Gewerbeverzeichnis vom 6.12.1934,² und wurde vom Zentralverband des Deutschen Handwerks auf Ersuchen des zuständigen Unterausschusses des Bundestages ausgearbeitet.³

Im wesentlichen wurde der Vorschlag des ZdH gebilligt; lediglich bei einigen gewerblichen Berufszweigen kam es noch zu weiteren Beratungen.⁴ Damit erfaßte die Positivliste von 1953 in sieben Hauptgruppen und 93 Positionen insgesamt 124 Gewerbe, die handwerksmäßig betrieben werden konnten.⁵

1) Ausschlußbericht 1965, I Nr. 8

2) DRanz. Nr. 287. Dieses Verzeichnis enthielt 225 Handwerksberufe

3) Ausführlicher bei Stratenwerth, Wolfgang, Die Berufsgrenzungen im Handwerk als wirtschaftspädagogisches Problem, Diss. Köln 1956, S. 34 f

4) Roßschlächter, Metallschleifer, Wäscherei- und Plätterei-betriebe, Holzschuhmacher, Wirker und Stricker, Handschuhmacher, Glasreiniger, Glasaugenmacher und Dreher (entnommen aus Stratenwerth, W., a.a.O., S. 35)

5) Der Entwurf des ZdH wies - nach Stratenwerth, W., a.a.O., S. 35 - 91 laufende Nummern mit rund 130 Gewerbebezeichnungen auf

Bei der Novellierung der Handwerksordnung hat der federführende Ausschuß für Mittelstandsfragen eine Änderung der Anlage A aus "Gründen wirtschaftsstruktureller und verfassungsrechtlicher Art" ¹ selbst vorgenommen. Er wollte damit den Handwerksbetrieben den Anschluß an die technisch-wirtschaftliche Entwicklung nicht nur ermöglichen, sondern ihnen auch die Chance geben, erkennbaren technisch-wirtschaftlichen Entwicklungen und daraus sich ergebenden strukturellen Wandlungen vorbeugend und vorausgreifend stellen zu können.² Dabei glaubte der Ausschuß grundsätzlich feststellen zu müssen, daß die Gewerbe, die handwerklich betrieben werden können, in der Anlage A stärker zusammengefaßt werden müßten, um auf diese Weise dem Handwerker die Chance der Existenzsicherung und der Betätigung am Markte über ein Arbeitsleben hinweg zu ermöglichen.³ Aus Zeitgründen mußte aber auf eine Verkürzung der Anlage A verzichtet werden; der Ausschuß mußte sich darauf beschränken eine weitere Novellierung dringend zu empfehlen.^{4.5}

In der heute gültigen Fassung enthält die Anlage A in sieben Hauptgruppen und 125 Positionen insgesamt 125 handwerksfähige Vollberufe.

Auf den ersten Blick scheint sich zwischen 1934 und 1953 eine Verdichtung der Gewerbebezeichnungen zu ergeben, während zwischen 1953 und 1965 Konstanz anzunehmen wäre.⁶ Diese "Verdichtung" ist jedoch dadurch zu erklären, daß zahlreiche ursprünglich als selbständige Gewerbe aufgeführte Spezialzweige in ihre jeweiligen Mutterberufe wieder

1) Ausschlußbericht 1965, I Nr. 8

2) So Ausschlußbericht 1965, I Nr. 1

3) So Ausschlußbericht 1965, I Nr. 1

4) Diese Forderung wurde neuerdings auch wieder von Honig erhoben (vgl. Honig, Gerhart, 20 Jahre deutsche Handwerksordnung, GewA 73, 225(228))

5) Vgl. Ausschlußbericht 1965, I Nr. 8

6) Ein Überblick über die Veränderungen bei den Vollhandwerken seit 1934 findet sich in: o.V., Handwerksberufe von 1934 bis heute, DHBbl. 72, H. 10, S. 17 ff

eingegliedert worden sind.¹ Außerdem wurde eine Anzahl von Berufen aus der Gewerbeliste gestrichen.² Die neu hinzugefügten³ Berufe fallen demgegenüber nur wenig ins Gewicht. Bei näherer Betrachtung erweist sich die Annahme der Konstanz der Positivliste der HO 1953 und derjenigen der Novelle von 1965 ebenso als irrig: So wurden auch hier unter Beachtung der oben angeführten Grundsätze Gewerbe gestrichen,⁴ zusammengefaßt,⁵ getrennt,⁶ neu aufgenommen,⁷ umbenannt⁸ und neu zugeordnet.^{9,10}

Nach der Anführung der Grundsätze für den Aufbau des Verzeichnisses der handwerksfähigen Gewerbe liegt es nahe, nach der Auslegung der dort aufgenommenen Berufsbezeichnungen zu fragen.

-
- 1) Vgl. Stratenwerth, W., a.a.O., S. 36. Er bringt als Beispiel den Vollberuf des Tischlers, der vormed durch neun selbständige Sparten vertreten war
 - 2) Spielzeughersteller, Marmorschleifer, Wachsmodelleure, Präparatoren
 - 3) Schweißer, Vulkaniseure
 - 4) Mühlenbauer, Schweißer, Holzschuhmacher, Roßschlächter, Lithographen, Xylographen
 - 5) Die bisherigen Handwerke Maler; Lackierer zu Maler und Lackierer; die Handwerke Wäschereibetriebe; Plätterei-betriebe zu Wäscher und Plätter
 - 6) Feinmechaniker und Feinoptiker in Feinmechaniker; Feinoptiker; Elektro- und Fernmeldemechaniker in Elektro; Fernmeldemechaniker; Gold- und Silberschmiede in Goldschmiede; Silberschmiede; Stereotypeure und Galvanoplastiker in Stereotypeure; Galvanoplastiker
 - 7) Zinngießer, Parkettleger, Hörgeräteakustiker, Sieb-drucker, Flexografen und Handzuginstrumentenmacher
 - 8) Z.B. Ofensetzer in Kachelofen- und Luftheizungsbauer
 - 9) Karosseriebauergewerbe in die Gruppe der Metallgewerbe; Weinküfereigewerbe in die Gruppe der Nahrungsmittelgewerbe
 - 10) Ausführlicher (mit Begründung) Ausschlußbericht 1965, II Nr. 93. Vgl. aber auch die Ausführungen auf S. 305 ff

223. Die Bedeutung der Berufsbilder (im Rahmen der Positivliste)

Die in der Positivliste aufgeführten Berufsbezeichnungen stellen unbestimmte Gesetzesbegriffe dar; sie bedürfen daher der Interpretation. Grundlage hierfür sind die jeweiligen Berufsbilder,¹ von denen der Gesetzgeber - wie erwähnt - bei der Erstellung der Positivliste ausgegangen ist,² und die er auch zur Gewerbeabgrenzung als Entscheidungshilfe herangezogen wissen will.³ Dies hat zur Folge, daß umgekehrt bei der Entscheidung über die Zulassungspflicht einer ausgeübten Tätigkeit oder/und der Zuordnung dieser Tätigkeit zu einem in der Positivliste verzeichneten Gewerbe gleichfalls vom Berufsbild auszugehen ist. Praktische Relevanz kommt diesen Bildern daher vor allem bei der rechtlichen Qualifizierung von Teilhandwerken zu.

Die Handwerksordnung kennt nun verschiedene Arten von Berufsbildern; es bedarf daher der Entscheidung, welches zur Interpretation der Berufsbezeichnungen heranzuziehen ist.

Durch das Berufsbildungsgesetz vom 14. Aug. 1969 (BGBl. I S. 1112) wurde der Begriff des Ausbildungsberufsbildes in die Handwerksordnung eingefügt.⁴ Diese Bilder enthalten

1) Hierunter sind - allgemein - aufgrund eingehender Berufsanalysen entwickelte Berufsbeschreibungen zu verstehen (vgl. hierzu auch FN 3 auf S. 99). Es werden dabei "unter Beachtung des Herkommens und der tatsächlichen Übung im Berufe" (BVerfGE 13,97(117)) verwandte Tätigkeiten zur Einheit eines einzigen Berufes zusammengefaßt. Verfassungsrechtlich ist diese Fixierung bestimmter Berufsbilder nicht zu beanstanden (vgl. BVerfG v. 11.6.58 BVerfGE 7,377(397), Apothekenurteil). Ob der Gesetzgeber dabei in der "Auffächerung" von Berufen genügend weit geht, kann nicht generell beurteilt werden; für den Fall der Positivliste wurde dies durch die "Handwerksentscheidung" von 1961 bejaht (vgl. BVerfG v. 17.Juli 1961 BVerfGE 13,97(106,118)). Das Bundesverfassungsgericht hat darin ausgeführt, daß sich der Gesetzgeber "bei der Aufzählung der einzelnen Handwerkszweige, .. an die traditionellen Berufsbilder des Handwerks gehalten hat und auch der Spezialisierungsbestrebungen innerhalb der Handwerkszweige angemessen gefolgt ist" (BVerfGE 13,97(118)).

2) Vgl. Ausschlußbericht 1953, I Nr. 18

3) Vgl. Ausschlußbericht 1965, II Nr. 37

4) Vgl. § 25 Abs. 2 Z. 2 HO

"die Fertigkeiten und Kenntnisse, die Gegenstand der Berufsausbildung sind."¹ Hiervon zu unterscheiden sind die Berufsbilder des § 45 Abs. 1 HO, die als Grundlagen für ein geordnetes und einheitliches Meisterprüfungswesen zu dienen bestimmt sind, und diejenigen Tätigkeiten, Kenntnisse und Fertigkeiten enthalten, die den einzelnen Handwerken zuzurechnen sind. Diese Berufsbilder sind auf die Bedürfnisse der Meisterprüfung und der Handwerksausübung zugeschnitten, und können sich daher wegen ihrer unterschiedlichen Zwecksetzung von denjenigen nach § 25 Abs. 2 Z. 2 HO unterscheiden. So mag das Ausbildungsberufsbild im Interesse einer breit angelegten Grundausbildung einzelne Fertigkeiten und Kenntnisse enthalten, die im Berufsbild nach § 45 Z. 1 HO nicht aufgeführt sind, während auch umgekehrt erst für das Meisterniveau notwendige Fertigkeiten und Kenntnisse im Ausbildungsberufsbild fehlen können.² Wegen des charakteristischen Zusammenhangs von Berufsausbildung, Meisterprüfung und Handwerksausübung muß aber der Grundsatz der Identität der Berufsbilder bestehen bleiben,³ so daß beide Berufsbilder zur Interpretation der Berufsbezeichnungen herangezogen werden können.

Durch den Ausdruck "zuzurechnen" in § 45 Z. 1 HO wird zu verstehen gegeben, daß es sich nur um eine Auswahl unter der speziellen Blickrichtung Meisterprüfung handelt, und damit durchaus ein Unterschied zwischen dem Berufsbild im Sinne von § 45 HO und dem tatsächlichen wirtschaftlichen Berufsbild auftreten kann,⁴ womit für die Abgrenzung schließlich die Verkehrsauffassung entscheidend sein wird.⁵

1) So die Legaldefinition in § 25 Abs. 2 Z. 2 HO

2) So Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 4 b zu § 25

3) So Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 4 b zu § 25

4) Entsprechendes gilt für das Ausbildungsberufsbild; auch hier ist die primäre Zwecksetzung zu beachten

5) Vgl. OLG Hamm v. 23.5.67 GewA 68,12(13); Fröhler, Ludwig, Gegen eine Versteinerung des Handwerksbegriffes, GewA 69, 145 ff

Mit anderen Worten: Der Zweck der Berufsbilder nach § 45 Z. 1 HO liegt in der Sicherstellung eines ordnungsmäßigen und einheitlichen Meisterprüfungswesens; damit können und sollen nur die vollzogenen oder zumindest weitgehend abgeschlossen technischen und wirtschaftlichen und nicht die sich erst abzeichnenden Veränderungen berücksichtigt werden.¹ Für die handwerksrechtliche Qualifizierung eines Betriebes ist aber das konkrete Gesamtbild aller einschlägigen Handwerksunternehmen entscheidend, wie es sich im Augenblick der Beurteilung des betreffenden Betriebes darstellt.² Gesetzliche Berufsbilder und tatsächliches "Bild" können sich daher unterscheiden,³ müssen dies aber nicht unbedingt tun; sie können übereinstimmen, sie müssen sich aber nicht decken.⁴

Damit können die Berufsbilder nach § 45 Z. 1 HO einen "Anhaltspunkt"⁵ - aber auch nicht mehr - für die Interpretation der Berufsbezeichnungen geben; sie sind hierfür ihrem erklärten Zweck nach "nur bedingt tauglich".^{6,7}

Wenn die jeweiligen wirtschaftlichen Berufsbilder der Interpretation der Berufsbezeichnungen zugrunde gelegt werden, und dies müssen sie nach den gemachten Ausführungen, dann ist wegen des dynamischen Charakters der Wirtschaft und der damit verbundenen Änderung der Inhalte der einzelnen Berufsbilder⁸ ein dynamischer Handwerksbegriff anerkannt. Abwegig ist es daher, die Berufsbezeichnungen der Anlage A im allgemein-sprachlichen Sinn auszulegen,⁹ denn dies würde wegen der historischen Gebundenheit einen dynamischen Handwerksbegriff ausschließen. Zudem wäre es verfehlt zu glauben, der Gesetzgeber hätte zur Festlegung fachlicher, wirtschaftlich-technischer Begriffe Bezeichnungen gewählt, die der

1) So Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 15 zu § 1

2) Vgl. Dohrn, Max-Jürgen, Zur Feststellung des Berufsbildes eines Handwerks, DHBbl. 71, H. 8, S. 13

3) Vgl. BVerwG v. 25.2.69 GewA 69, 107(108)

4) So wohl auch Dohrn, Max-Jürgen, Zur Auslegung der in der Anlage A zur Handwerksordnung enthaltenen Berufsbezeichnungen, GewA 68, 3(3)

5) So OVG Münster v. 23.6.72 GewA 72, 301(301)

6) Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 45

7) Entsprechendes gilt für die Ausbildungsberufsbilder

8) Vgl. etwa das Berufsbild des Schuhmacherhandwerks vom 18. Juni 1958 (BAnz. Nr. 128 v. 9.7.58) und dasjenige vom 8. Jan. 1969 (BGBI. I S. 43)

9) A.A. VG Münster v. 31.7.67 GewA 68, 8 mit abl. Anm. von Dohrn

Umgangssprache entnommen sind, denn dies hieße die Fähigkeiten des Gesetzgebers unterschätzen und seinen Willen unzulässigerweise wandeln.¹ Dieser Wille geht jedoch aus den Grundsätzen zur Überarbeitung der Positivliste eindeutig hervor. Der Gesetzgeber wollte diesen Begriffen einen wirtschaftlich-technischen Inhalt geben, sie also einer dynamischen Interpretation zugänglich machen.² Dies ergibt sich weiter daraus, daß er anläßlich der Novellierung der Handwerksordnung im Jahre 1965 bei der Überarbeitung und Anpassung der Positivliste von den Berufsbildern des Jahres 1953 ausging, aber auch die zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen technisch-wirtschaftlicher Art berücksichtigte, die in vielen Fällen zu anderen Inhalten der Berufsbilder geführt hatten.³ Bei der Interpretation der Berufsbezeichnungen bzw. umgekehrt bei der Zuordnung von bestimmten Tätigkeiten zu einem in der Positivliste aufgeführten Gewerbe ist daher letztlich vom tatsächlichen Berufsbild auszugehen; sprachwissenschaftliche Ausführungen sind fehl am Platz. Entscheidendes Kriterium ist das wirtschaftliche Berufsbild, da es die tatsächliche Praxis des betreffenden Handwerks insgesamt am besten kennzeichnet. Der inhaltliche Wandel der Berufsbilder wird damit anerkannt. Hieraus ergibt sich auch, daß die Bezeichnung, welche ein Betrieb führt, nicht maßgebend sein kann, sondern allein auf die ausgeübten Tätigkeiten abgestellt werden muß.⁴

Entsprechen die ausgeübten Tätigkeiten vollständig dem relevanten Berufsbild, dann treten bezüglich der Handwerksfähigkeit von Gewerben keine Schwierigkeiten auf; Probleme bereiten dagegen jene Gewerbe, die nur einen Teil des handwerklichen Berufsbildes erfassen, die sog. Teilhandwerke.

1) So Dohrn, M.-J., a.a.O., GewA 68,3(4)

2) Vgl. Ausschlußbericht 1965, I Nr. 8 bzw. I Nr. 1

3) Vgl. Ausschlußbericht 1965, I Nr. 1

4) Vgl. VG Berlin v. 26.9.56 GewA 57,59(59); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 9 zu § 1; Britze, H.-H., a.a.O., S. 67

224. Die Problematik der Teilhandwerke

Nach der Novelle der Handwerksordnung von 1965 liegt ein Handwerksbetrieb bereits dann vor, wenn wesentliche Tätigkeiten eines handwerksfähigen Gewerbes handwerksmäßig ausgeübt werden (§ 1 Abs. 2 HO); mit anderen Worten, ein Gewerbebetrieb ist nicht erst dann ein Handwerksbetrieb, wenn die im entsprechenden Handwerk üblichen Tätigkeiten vollständig (handwerksmäßig) ausgeführt werden, sondern bereits dann, wenn nur die wesentlichen Tätigkeiten (handwerksmäßig) ausgeübt werden.¹ Damit stellt sich nun die Frage, nach welchen Kriterien die Wesentlichkeit einer Tätigkeit für das betreffende Gewerbe bestimmt werden kann und muß. Von diesen Merkmalen hängt es ab, ob der zu qualifizierende Betrieb - sofern auch die andere Tatbestandsvoraussetzung des handwerksmäßigen Ausübens vorliegt - als Handwerksbetrieb anzusehen ist und damit unter die Bestimmungen der Handwerksordnung fällt, so daß ein Befähigungsnachweis zu erbringen ist.

Der Gesetzgeber hat das Problem, wann wesentliche Tätigkeiten vorliegen, bei einigen Handwerksberufen selbst gelöst. Wenn wir die Nr. 2,3,8,9,10,13,15,16,21,24,32,33,39,43,44, 46,51,54,59,63,75,87,96,98,101,104,105,108,110,117,120,124 der Positivliste betrachten, fällt auf, daß manche Vollhandwerke² in Teilbereiche zerfallen, d.h. daß das Vollhandwerk

1) Diese Änderung des Gesetzes bringt in sachlicher Hinsicht keine Neuerung, der Anwendungsbereich der Handwerksordnung wird nicht erweitert; es wird nur eine gesetzliche Klärung herbeigeführt, die die bisherige Rechtsauffassung bestätigt (vgl. u.a. Dohrn, Max-Jürgen, Die Ausübung von Teilhandwerken und die Handwerksordnung, DÖV 59,530(532); Liesegang, Georg, Sind bei der Ausübung von Teilhandwerken die Vorschriften der Handwerksordnung zu beachten?, NJW 60, 2278(2278); ders., Die handwerksrechtliche Bedeutung der Ausübung eines Teilhandwerks, DVBl. 61,198(199); Siegert, Albrecht, Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung, BB 65, 1090 (1091); Honig, Gerhart, Die neue Handwerksordnung, GewA 66,25(25) mit Urteilsnachweisen; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 14 zu § 1; BVerwG v. 8.9.72 GewA 73,41(41)). Diese Meinung bringt auch der Ausschußbericht 1965 zum Ausdruck (vgl. Ausschußbericht 1965, II Nr. 1)

2) Nur um solche handelt es sich in der Positivliste (vgl. Britze, H.-H., a.a.O., S. 66 mit Nachweisen)

gewissermaßen als aus wesentlichen Teiltätigkeiten (Teilhandwerken) zusammengesetzt aufzufassen ist. Dabei wird es als gleichgültig angesehen, ob innerhalb der einzelnen Nummer der Positivliste die verschiedenen Tätigkeitsbereiche durch das Wort "und" verbunden, durch Komma oder Strichpunkt getrennt oder in Klammern ergänzt sind, stets handelt es sich um Teilhandwerke.¹

Damit ist das Problem der Teilhandwerke jedoch nicht erschöpft, denn diese Aufzählung in der Positivliste ist nach ganz herrschender Meinung keine abschließende.² Eine solche erschöpfende Aufstellung wäre auch angesichts der denk- und realisierbaren Formen von Teilhandwerken unmöglich.³ Die Vielfältigkeit gewerblicher Betätigungsmöglichkeiten würde dem entgegenstehen. Eine solche Liste könnte daher wiederum nicht als abschließender Katalog betrachtet werden. Aus der Anführung bzw. Nichterwähnung von Tätigkeiten ergäben sich dann möglicherweise Fehlinterpretationen im Sinne restriktiver Auslegung. Fehlschlüsse dieser Art auszuschließen, diene auch die nahezu ausnahmslose Streichung der noch in der Positivliste der HO 1953 in Klammern enthaltenen Teilhandwerke (= Klammerhandwerke).⁴

Das Bundesverwaltungsgericht hat nun versucht das Problem der wesentlichen Tätigkeiten eines Handwerks mit Hilfe verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte zu lösen. Nach Auffassung dieses Gerichts können wesentlich im Sinne des § 1 Abs. 2 HO nur solche Tätigkeiten sein, zu deren einwandfreier Ausübung es einer handwerklichen Befähigung bedarf und für die - unter Zugrundelegung des Art. 12 Abs. 1 GG und der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (insbesondere BVerfGE 13,97) - das Erfordernis des hand-

1) Vgl. Fröhler, Ludwig; Dannbeck, Siegmund, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, München 1968 (zukünftig zitiert: Fröhler, Teilhandwerk), S. 25

2) Vgl. Britze, H.-H., a.a.O., S. 66 mit Nachweisen; Fröhler, Teilhandwerk, S. 25 a.A. wohl OLG Bremen v. 6.7.55 GewA 57/58, 10(10) mit abl. Anm. von Drescher; LVG Braunschweig v. 15.11.56 GewA 57/58, 110(110)

3) So auch Fröhler, Teilhandwerk, S. 25

4) Vgl. Ausschlußbericht 1965, I Nr. 8

werklichen Befähigungsnachweises verfassungsrechtlich zulässig erscheint.¹ Um die Betrachtungsweise, insbesondere das eingeschlagene gedankliche Schlußverfahren des Bundesverwaltungsgerichtes verständlicher zu machen, bedarf es des Rückgriffs auf eine Entscheidung dieses Gerichtes vom 16.9.66,² wo es Erwägungen zum Begriff des Handwerksbetriebes im Sinne des Berufszulassungsrechts angestellt hat.³ Dort versucht es den Begriff "handwerksmäßig betreiben" unter Beachtung des Art. 12 GG und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes zur Verfassungsmäßigkeit des sog. Großen Befähigungsnachweises zu gewinnen. Das BVerwG gelangt hierbei zu folgender Auffassung: "Eine Beschränkung der Berufsfreiheit ... durch den ... Großen Befähigungsnachweis (kann) nur bei solchen Tätigkeiten gerechtfertigt sein, für deren einwandfreie, fachgerechte Ausübung es auf handwerkliche Kenntnisse und Fertigkeiten überhaupt ankommen kann. Dagegen ist aus den Ausführungen des BVerfG zu folgern, daß es Art. 12 Abs. 1 GG verletzen würde, den Großen Befähigungsnachweis auch dann zu verlangen, wenn ein Betrieb sich ausschließlich auf Arbeiten beschränkt, für deren einwandfreie Ausführung statt der sechs- bis neunjährigen handwerksmäßigen Ausbildung eine in wenigen Anlerntagen erreichbare Vertrautheit mit einigen in dem Betrieb vorhandenen technischen Hilfsmitteln voll ausreicht." Daraus läßt sich thesenhaft folgern⁴: Ein an sich handwerksfähiger Gewerbebetrieb ist dann ein Handwerksbetrieb, wenn für die in ihm ausgeübten Tätigkeiten ohne Verstoß gegen Art. 12 GG der Große Befähigungsnachweis gefordert werden kann; umgekehrt liegt dann kein Handwerksbetrieb vor, wenn dieses Erfordernis gegen Art. 12 GG verstoßen würde. Der

1) Vgl. BVerwG v. 24.10.67 BVerwGE 28,128 = GewA 68,59 und im Anschluß hieran ebenso Riechmann, Volkhard, Zur Frage der Abgrenzung von Handwerk und Industrie unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, GewA 72,57(58)

2) BVerwGE 25,66 = GewA 67,109

3) Methodische Bedenken gegen diesen Rückgriff bestehen nicht, denn das Urteil vom 24.10.67 wird in seinem amtlichen Leitsatz 2 ausdrücklich als "Fortführung von BVerwGE 25,66" bezeichnet

4) Vgl. Fröhler, Ludwig, Anmerkung zu BVerwGE 25,66, in: GewA 67,111

Begriff des Handwerksbetriebes wird also nicht als vorgegeben betrachtet, sondern erst aus Art. 12 GG erschlossen, wobei bei der Qualifizierung des einzelnen Betriebes die in ihm ausgeübten Tätigkeiten an den Maßstäben der Entscheidung des BVerfG vom 17.7.1961 zu messen sind. Die Berufung des BVerwG auf die Ausführungen in dieser Handwerksentscheidung erfolgt aber zu Unrecht, denn das BVerfG geht von einem auf empirischer - außerrechtlicher - Grundlage gewonnenen Handwerksbegriff aus,¹ und hat diese wirtschaftlich-technischen und soziologischen Merkmale benützt, um hieraus die tragenden verfassungsrechtlichen Folgerungen für die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Großen Befähigungsnachweises zu ziehen. Es schöpft gewissermaßen aus diesen wirtschaftlichen und sozialen Tatsachen und Erfahrungen ein ganz bestimmtes materielles Vorstellungsbild des Handwerks,² legt dieses der rechtlichen Beurteilung zugrunde und entnimmt die Rechtfertigungsgründe diesen Tatsachen und Erfahrungen. Somit liegt der Auffassung des BVerwG "eine rechtslogisch unzulässige Verkehrung des Verhältnisses von Ursache und Wirkung"³ zugrunde, es wird hier von der Rechtsfolge auf den Sachverhalt, nicht vom Sachverhalt auf die Rechtsfolge geschlossen, denn: wesentlich ist eine Tätigkeit (im Sinne der Handwerksordnung) nach dem BVerwG dann, wenn zu ihrer sachgerechten Ausführung der handwerkliche Befähigungsnachweis notwendig und daher verfassungsrechtlich zulässig ist. Der richtige Ansatzpunkt kann dagegen nur lauten: weil eine Tätigkeit wesentlich ist, fällt sie unter die Zulassungsvorschriften der Handwerksordnung, und diese wiederum sind nach der Handwerksentscheidung aus wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Erwägungen verfassungsmäßig. Es ist also festzuhalten, daß entgegen der Auffassung des BVerwG die Wesentlichkeit von Teiltätigkeiten sich nicht aus den daran geknüpften rechtlichen Wirkungen ergibt.

1) Vgl. BVerfGE 13,97(110 ff)

2) Eingehender Fröhler, Teilhandwerk, S. 17 f

3) Fröhler, L., Anm. zu BVerwGE 25,66, in: GewA 67,111

Bei der näheren Bestimmung der wesentlichen Tätigkeiten eines Handwerks muß vielmehr vom Berufsbild des jeweiligen Gewerbes ausgegangen und dieses mit dem konkreten Betrieb verglichen werden.¹ Der gedankliche Ansatzpunkt muß also derjenige Betrieb sein, in dem das einschlägige Berufsbild in seiner ganzen Breite ausgeübt wird. Die Wesentlichkeit von ausgeübten Tätigkeiten ergibt sich dann unter Berücksichtigung von quantitativen und/oder qualitativen Gesichtspunkten.

Von der angenommenen Basis ausgehend, müssen diejenigen Arbeitsgebiete abgesondert werden, die in dieser Sparte als unbedeutend gelten, denen keine typbildende Funktion zukommt. In quantitativer Betrachtungsweise sind solche Teiltätigkeiten als unwesentlich zu bezeichnen, die schon rein umfangmäßig; gemessen am gesamten Tätigkeitsfeld des Berufsbildes, von untergeordneter Bedeutung sind. So wird man einen Gewerbebetrieb, der sich auf das bloße Reinigen und Reparieren von Büromaschinen beschränkt, nicht als Handwerksbetrieb ansehen können,² da diese Tätigkeiten einen so geringen (umfangmäßig) Ausschnitt aus dem Bereich der Arbeitsgebiete des Büromaschinenmechanikerhandwerks darstellen, daß sie nicht als wesentlich bezeichnet werden können. Dies gilt z.B. auch für Gewerbebetriebe, die sich ausschließlich auf die Herstellung von Blumenkästchen oder auf das Hobeln von Brettern beschränken.

Als wesentlich sind daher in quantitativer Betrachtungsweise Tätigkeiten zu sehen, die schon rein umfangmäßig einen bedeutsamen Teil der Arbeitsgebiete des einschlägigen handwerklichen Berufsbildes darstellen.

Auf der anderen Seite muß aber auch das wirtschaftliche Gewicht der ausgeübten Einzeltätigkeiten im Vergleich zum Vollhandwerk berücksichtigt werden. Dies ergibt sich aus den Ausführungen des BVerfG in seiner Handwerksentscheidung.

1) Vgl. OLG Düsseldorf v. 9.10.56 DWBl. 57,63; OLG Hamm v. 23.5.67 GewA 67,13; Wershoven, Theo, Ist der Frischfleischverkauf in Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften als handwerksrollenpflichtige Tätigkeit anzusehen?, GewA 66,152

2) So auch Fröhler, Teilhandwerk, S. 34 a.A. VG Düsseldorf v. 6.4.67 GewA 68,114

In diesem Beschluß führt das Gericht u.a. aus, daß der Er-
laß der Handwerksordnung vorwiegend eine zulässige wirt-
schaftspolitische Maßnahme war, um "das Handwerk als Ganzes
zu schützen und zu fördern". Dabei sollte, wie es in der
Begründung des Gesetzentwurfes der CDU/CSU, FDP und DP hieß,
an die gegen Ende der Weimarer Republik in Gang gewesenen
Bestrebungen angeknüpft werden, "Bestimmungen zur Vermeidung
der Verdrängung und der Aufsaugung der handwerklichen Klein-
betriebe durch wirtschaftlich Stärkere entsprechend dem
Art. 164 der Weimarer Verfassung" ¹ zu erlassen. Dieser
wirtschaftliche Schutz der Handwerksbetriebe kann aber nur
dann erreicht werden, wenn die Handwerksordnung auf alle
solche Betriebe Anwendung findet, die bei wirtschaftlicher
Betrachtung einen wesentlichen Teil der einem Handwerk
zurechenbaren Tätigkeiten "handwerksmäßig" ausführen.² Dies
bedeutet mit anderen Worten, daß Tätigkeiten bereits dann
als Teilhandwerke zu betrachten sind, wenn Handwerksbetriebe
dieser Sparte überwiegend oder gar ausschließlich auf den
betreffenden Teilgebieten tätig sind. Die Wesentlichkeit
ergibt sich hier aus der innerberuflichen Bedeutung der
Tätigkeiten, also ihrer typpbildenden Wirkung.

Neben diesen quantitativen, auf die Arbeitsgebiete des Be-
rufsbildes bezogenen Gesichtspunkten sind bei der rechtlichen
Qualifizierung von Teiltätigkeiten qualitative Aspekte zu
berücksichtigen. Dies bedeutet, daß sich die Wesentlichkeit
danach bestimmt, ob zur Ausführung von Teiltätigkeiten die
Beherrschung von Kenntnissen und Fertigkeiten nötig ist,
wobei diese typische Teile des vergleichbaren Vollhandwerks
ausmachen müssen.³ Beschränkt sich also die gewerbliche Tä-
tigkeit auf Arbeiten, zu deren ordentlicher Bewältigung eine
kurze Anlernzeit genügt, es also nicht des von der Hand-
werksordnung vorgesehenen langjährigen Ausbildungsganges
bedarf, so liegt keine wesentliche Tätigkeit vor.⁴ Ansatz-

1) BT I/1949, Drucksache Nr. 1423, S. 17

2) Vgl. VG Düsseldorf v. 30.1.63 GewA 63,114

3) Vgl. OLG Hamm v. 13.6.66 GewA 67,35(36)

4) Vgl. VG Berlin v. 15.2.68 GewA 69,39(40); OLG Stuttgart
v. 9.7.69 GewA 69,279(279); VG Köln v. 21.12.72 GewA 73,
131(131); OLG Karlsruhe v. 26.7.73 GewA 73,302(303);
VG Augsburg v. 14.12.73 GewA 74,338(339) mit abl. Anm.
von Dannbeck

punkt der Betrachtung ist also auch hier wiederum der das einschlägige Berufsbild in seiner vollen Breite ausübende Gewerbebetrieb. Dabei sind - unter Abkehr von einer rein arithmetischen Summierung - diejenigen Kenntnisse und Fertigkeiten unberücksichtigt zu lassen, die untypischer Natur sind, die also bei allen Handwerken erforderlich sind. Gedacht wird dabei etwa an kaufmännische oder betriebswirtschaftliche Kenntnisse oder auch an die Kenntnis der Unfallverhütungsvorschriften. Liegt der tätigkeitsmäßige Schwerpunkt, und damit auch der der Kenntnisse und Fertigkeiten, im Kernbereich des betreffenden Vollhandwerks,¹ so handelt es sich um die Ausübung von wesentlichen Teiltätigkeiten.

Aus der Berücksichtigung qualitativer Elemente bei der Bestimmung der wesentlichen Teiltätigkeiten können die folgenden Fehlbeurteilungen erwachsen. Das Bundesverwaltungsgericht argumentiert in dem Gebäudereiniger-Urteil vom 24.10.67 GewA 68,59(59) u.a. so: "Fensterglas und Fensterrahmen nur mit Wasser und landläufigen Arbeitsgeräten zu reinigen, ist nichts anderes, als was unzählige Hausfrauen regelmäßig tun ... Handwerkliche Ausbildung und Befähigung aber kann bei dieser auch in den verschiedensten nichthandwerklichen Lebensverhältnissen häufigen Verrichtungen keine Rolle spielen ..." Dies bedeutet mit anderen Worten eine Verneinung der Handwerksmäßigkeit, die auf Kenntnisse und Fertigkeiten abstellt, bei solchen Tätigkeiten, die "jedermann" unabhängig von seiner Ausbildung ausführen kann. Diese Argumentation ist verfehlt, ihr kann nicht gefolgt werden. Denken wir z.B. an die Tätigkeiten einer Hausfrau: Hausputz-, Fensterreinigungsarbeiten, Backtätigkeit, Schneider-, Näh- und Bügelarbeiten werden nahezu täglich im häuslichen Bereich vorgenommen, ohne daß sich die Rechtsordnung näher mit diesen Tätigkeiten befaßt. Erinnert sei weiter an das Streichen und Tapezieren der eigenen Wohnung oder die Selbstvornahme kleinerer Reparaturen. Erst bei der gewerblichen Ausübung (z.B. Gebäudereiniger, Bäcker, Schneider, Plätter) werden diese Tätigkeiten gesetzlichen Regelungen

1) Vgl. OVG Münster v. 5.7.67 GewA 68,39(40)

verschiedener Art unterworfen. Es kann daher, allein aus der Tatsache, daß bestimmte Tätigkeiten auch im privaten (häuslichen) Bereich ausgeübt werden, nicht darauf geschlossen werden, daß dieselbe Tätigkeit auch bei gewerbemäßiger Ausübung nicht den für diese geltenden gesetzlichen Vorschriften unterworfen sei.¹ Am augenscheinlichsten erweist sich dies beim "Selbstkurieren" sich unpäßlich fühlender Personen. Es darf also - zusammenfassend - nicht der Gegensatz zwischen nicht-gewerblichen "eigenbezogenen" (Fröhler)² und gewerblichen, gegen Entgelt vorgenommenen, "fremdbezogenen" (Fröhler)² Tätigkeiten übersehen werden, die auf Grund ihres unterschiedlichen Charakters eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung rechtfertigen.

Aus der Tatsache, daß das Bild des Handwerkers in der Öffentlichkeit mit gewissen Kenntnissen und Fertigkeiten verbunden ist, darf nicht geschlossen werden, daß eine handwerkliche (in diesem Fall wesentliche Teil-) Tätigkeit nur dann vorliegt, wenn "fachgerecht" gearbeitet wird bzw. anders ausgedrückt, es darf nicht angenommen werden, die Ausführung solcher Tätigkeiten durch Nichtfachleute sei keine handwerksmäßige Betätigung. Diese Argumentation ist falsch; sie verkennt Sinn und Zweck der Handwerksordnung, denn das Gesetz will gerade die Eröffnung solcher Betriebe verhindern. Bei der rechtlichen Qualifizierung von (konkreten) ausgeübten Tätigkeiten ist daher von der ordnungsmäßigen fachmännischen Ausübung des Gewerbes und den hieraus sich ergebenden Notwendigkeiten auszugehen.³ Es geht also nicht an, zu argumentieren, der Befähigungsnachweis sei nur bei fachgerechter Ausführung, nicht aber bei stümperhaftem Arbeiten erforderlich; der handwerkliche Charakter einer Tätigkeit kann nicht deshalb verneint werden, weil nicht fachgerecht gearbeitet wird.⁴ Ein Nichtfachmann kann somit nicht einen in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführten Gewerbebetrieb er-

1) So auch Fröhler, Teilhandwerk, S. 29 und VG Düsseldorf v. 6.4.67 GewA 68,114(114f)

2) Fröhler, Teilhandwerk, S. 28

3) Vgl. BayObLG v. 23.6.59 BB 60,14(14) = GewA 62,94(94)

4) Vgl. OLG Karlsruhe v. 26.7.73 GewA 73,302(303)

öffnen und im Hinblick auf die geringere Qualität der geleisteten Arbeit und die Tatsache, daß keine Fachleute beschäftigt werden, behaupten, es handle sich um keinen Handwerksbetrieb, weil der Betrieb, so wie er laufe und ausgeübt werde, keine handwerklichen Kenntnisse und Fertigkeiten verlange.¹

Der Begriff des Handwerks ist - um nun nach Erwähnung dieser beiden möglichen Fehlschlüsse wieder auf die Bedeutung quantitativer und qualitativer Gesichtspunkte für die Wesentlichkeit von Tätigkeiten zurückzukommen - so untrennbar mit gewissen Kenntnissen und Fertigkeiten verbunden,² daß selbst bei quantitativ unbedeutenden Tätigkeiten ein Handwerksbetrieb angenommen werden muß, sofern unter qualitativer Betrachtungsweise der Kernbereich eines Handwerks ausgeübt wird.³ Diese Auffassung hatte dadurch Ausdruck gefunden, daß der Gesetzgeber etwa die Teiltätigkeiten des Blitzableiterbauers (Nr. 15 der Positivliste), des Brezel-, Schwarzbrot⁴- oder Lebkuchenbäckers (Nr. 63 der Positivliste) oder des Perückenmachers (Nr. 74 der Positivliste) trotz qualitativ geringfügiger Ausübung des Schlosser-, Bäcker- oder Friseurhandwerks als sog. Klammerhandwerke in die Positivliste der HO 1953 aufgenommen und sie damit ausdrücklich als wesentliche Teiltätigkeiten der betreffenden Handwerke bezeichnet hatte. Quantitative Gesichtspunkte haben daher bei qualitativ wesentlichen handwerklichen Teiltätigkeiten zurückzutreten.⁵ Umgekehrt kann ein Handwerksbetrieb bereits dann vorliegen, wenn die Tätigkeiten einen in wirtschaftlicher Sicht erheblichen Teil des einschlägigen Berufsbildes ausmachen.

-
- 1) Vgl. BayObLG v. 23.6.59 BB 60,14(14) = GewA 62,94(94); OVG Münster v. 23.11.60 GewA 61,206(208) mit Anm. Fröhler
 - 2) Vgl. Fröhler, Ludwig, Die Bedeutung der "Kenntnisse" für den Handwerksbegriff, GewA 69,241 ff
 - 3) Vgl. hierzu die von Fröhler angeführten Fälle der Fassaden- bzw. Fensterreinigung (Fröhler, Teilhandwerk, S. 31)
 - 4) Vgl. hierzu auch BayVGH v. 25.6.74 GewA 75,22(23)
 - 5) Ebenso Fröhler, Teilhandwerk, S. 28

Zusammenfassend kann gesagt werden: Es handelt sich dann um wesentliche Tätigkeiten eines Handwerks, wenn ein handwerksfähiges Gewerbe so ausgeübt wird, daß

- a) die für das Vollhandwerk typischen Kenntnisse und Fertigkeiten benötigt werden. Dabei mag in quantitativer, d.h. auf die Arbeitsgebiete des einschlägigen Vollhandwerks bezogener Betrachtungsweise nur ein untergeordneter Teil des Vollhandwerks ausgeübt werden. Es genügt demnach, wenn in qualitativer, d.h. auf Kenntnisse und Fertigkeiten des Vollhandwerks bezogener Betrachtungsweise die ausgeübten Tätigkeiten bezüglich ihrer Anforderungen an Kenntnisse und Fertigkeiten dem Vollhandwerk gleichzusetzen sind.
- b) zwar bei qualitativer Betrachtungsweise ein Handwerksbetrieb noch nicht anzunehmen ist, aber aus quantitativer Sicht diese Annahme gerechtfertigt werden kann. Hierbei ist insbesondere der wirtschaftliche Aspekt der innerberuflichen Bedeutung der ausgeübten Tätigkeiten zu berücksichtigen. Insoweit kann dem qualitativen Kriterium (Kenntnisse und Fertigkeiten) gegenüber dem quantitativen Merkmal (Umfang der Arbeitsgebiete) untergeordnete Bedeutung zukommen; die Ausübung eines quantitativ erheblichen Teils des einschlägigen Berufsbildes bedingt hier die Annahme eines Handwerksbetriebes.

Werden von einem Unternehmen nicht zumindest wesentliche Tätigkeiten eines Handwerks ausgeübt, so handelt es sich - soweit kein Industrieunternehmen vorliegt - um ein sog. Kleingewerbe oder Minderhandwerk, für das die Zulassungsvoraussetzungen der Handwerksordnung nicht gelten. Werden zumindest wesentliche Tätigkeiten ausgeübt, dann ist zu

prüfen, ob dies auch handwerksmäßig geschieht.¹

Bevor hierauf eingegangen wird, soll jedoch zunächst der Problemkreis "Handwerksfähigkeit von Gewerben" mit der Betrachtung der gesetzlichen Regelung für den Fall eines Wandels in der Auffassung darüber, welche Gewerbe Handwerke sein können, abgeschlossen werden.

225. Die Ermächtigung zur Änderung der Positivliste

Während nach § 1 der 1. HwVO² der Reichswirtschaftsminister im Einvernehmen mit dem Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft ein Verzeichnis aller Gewerbe aufstellen sollte, die handwerksmäßig betrieben werden können, wollte der Gesetzgeber der Handwerksordnung von 1953, nachdem es ihm schon nicht möglich war, den Begriff des Handwerks zu definieren, mindestens festlegen, welche Gewerbe nach den damaligen allgemein gültigen Auffassungen als Handwerk ausgeübt werden können.³ Dabei erklärte er die Positivliste zum Bestandteil des Gesetzes, um auch den geringsten Anschein eines möglichen Mißbrauchs eines solchen Verzeichnisses durch eine andere rechtsverbindliche Form zu vermeiden.³ Dieser Argwohn gegenüber der Exekutive bestand anscheinend 1965 nicht mehr, oder mußte zumindest bei einer Interessenabwägung der Elastizität der Regelung weichen, denn anläßlich der Novellierung wurde der Bundesminister für Wirtschaft ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates, die Anlage A dadurch zu

-
- 1) Es ist hier allerdings zuzugestehen, daß eine einwandfreie Trennung der vom Gesetzgeber vorgesehenen Tatbestandsvoraussetzungen nicht möglich ist, da handwerkliche Kenntnisse und Fertigkeiten sowohl Kriterien der Handwerksfähigkeit als auch der Handwerksmäßigkeit sind. (Aus dieser Sicht wird die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verständlich, die bis zum Gebäudereiniger-Urteil des BVerwG v. 24.10.67 ein Teilhandwerk dann angenommen hatte, wenn zur sachgerechten Ausführung von Tätigkeiten eine vollhandwerkliche Ausbildung erforderlich war. Ergab sich diese Notwendigkeit nicht, dann lag keine ihrem Wesen nach handwerkliche und damit auch keine wesentliche handwerkliche Tätigkeit vor.) Methodisch sehr instruktiv ist das Urteil des VG Augsburg v. 20.7.73 GewA 74,24
- 2) Vgl. Erste Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 15. Juni 1934 (RGBl. I S. 493)
- 3) Vgl. Ausschlußbericht 1953, I Nr. 9

ändern, "daß er darin aufgeführte Gewerbe streicht, ganz oder teilweise zusammenfaßt oder trennt, Bezeichnungen für sie festsetzt oder die Gewerbegruppen aufteilt, soweit es die technische und wirtschaftliche Entwicklung erfordert" (§ 1 Abs. 3 HO). Die Neuaufnahme von Gewerben bleibt dagegen weiterhin dem formellen Gesetzgeber vorbehalten.¹ Leitmotiv für die Hinzufügung dieses Absatzes 3 war die Absicht, die durch wirtschaftliche und technische Entwicklung notwendige Überarbeitung der Anlage A in einem schnelleren und elastischeren Verfahren als es das komplizierte und langwierige Gesetzgebungsverfahren darstellt, zu erreichen.² Es sollte damit, wie sich auch aus den Grundsätzen, also dem vom Gesetzgeber erstellten Programm zur Überarbeitung der Positivliste ergibt, den Handwerksbetrieben der Anschluß an die technisch-wirtschaftliche Entwicklung nicht nur ermöglicht, sondern ihnen auch die Chance gegeben werden, erkennbaren Entwicklungen im technischen und wirtschaftlichen Bereich und sich daraus ergebenden strukturellen Wandlungen vorbeugend und vorausgreifend stellen zu können.³ Die Ermächtigung zur Überarbeitung und Anpassung der Anlage A "in einem schnelleren und elastischeren Verfahren"⁴ erfolgte also um der sich aus wirtschaftsstrukturellen Veränderungen ergebenden Notwendigkeit der Anpassung gerecht zu werden, um eine Verringerung der binnen- und außenwirtschaftlichen Wettbewerbschancen und eine Hemmung der Beweglichkeit der Arbeitskräfte zu vermeiden, um mit anderen Worten eine von unnötigen Schranken freie Entwicklung der Betriebe und der Berufsausbildung zu erreichen.

-
- 1) Eine Überzeugende Begründung für diese Lösung läßt sich nicht geben, es sei denn, der Gesetzgeber befürchtet noch immer einen Mißbrauch durch die Exekutive. Art. 11 GG steht einer diesbezüglichen Regelung nicht entgegen (vgl. - allgemein - Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O., Anm. 10 zu Art. 12). Allenfalls können diese Schwierigkeiten bei den Bestimmtheitsanforderungen von Art. 80 GG ergeben; diese wären allerdings - wie etwa das Beispiel der früheren § 16 GewO (jetzt § 4 BImSchG) zeigt - zu überwinden.
- 2) Vgl. Ausschlußbericht 1965, II Nr. 1
- 3) Vgl. Ausschlußbericht 1965, I Nr. 1
- 4) Ausschlußbericht 1965, II Nr. 1

Zur Erläuterung seiner Vorstellungen hat der Gesetzgeber die für den Aufbau der Positivliste von 1953 aufgestellten Grundsätze geprüft, bestätigt und ergänzt¹ und gewissermaßen als Lichtschnur, an die sich der Verordnungsgeber halten sollte, vorgegeben. Dabei wurde betont, daß der federführende Ausschuß "dringend eine weitere Novellierung der Handwerksordnung im Sinne dieser Grundsätze in der nächsten Legislaturperiode empfiehlt",² ja eine solche umfassende Änderung der Liste wegen des Anschlusses an die technisch-wirtschaftliche Entwicklung notwendig sei und in Angriff genommen werden sollte.³ Der Bundesminister für Wirtschaft machte bisher trotz dieses Appells und kritischer Äußerungen von Praktikern⁴ von seiner Ermächtigung in § 1 Abs. 3 HO keinen Gebrauch. Er hat lediglich 1968 (!) die Verordnung über die verwandten Handwerke, wozu er nach § 7 Abs. 1 S. 2 HO ermächtigt war, erlassen.⁵ Damit hat er aber nicht der Ermächtigung, Berufe der Anlage A zusammenzufassen, was der hervorgehobenen Absicht des Gesetzgebers entsprochen hätte,⁶ Genüge getan.⁷ Die Chance der Änderung des Verzeichnisses in einem elastischeren und schnelleren Verfahren wurde damit bisher vertan; die Exekutive erwies sich bisher nicht an-

1) Diese Grundsätze wurden angeführt auf S. 99 ff

2) Ausschußbericht 1965, I Nr. 8

3) So Ausschußbericht 1965, I Nr. 1

4) Vgl. etwa Honig, Gerhart, 20 Jahre deutsche Handwerksordnung GewA 73,225(226,227f)

5) Vgl. Verordnung über verwandte Handwerke vom 18.Dez. 1968 (BGBl. I S. 1355)

6) "Glaubte der Ausschuß grundsätzlich feststellen zu müssen, daß die Gewerbe, die handwerklich betrieben werden können, in der Anlage A zur Handwerksordnung stärker zusammengefaßt werden müßten." (Ausschußbericht 1965, I Nr. 1)

7) Gegen ein solches Unterlassen ist der Rechtsweg nicht eröffnet, denn es gibt - wie auch in der ständigen Rechtsprechung des BVerfG anerkannt ist - grundsätzlich keinen Anspruch auf ein Tätigwerden des (formellen oder materiellen) Gesetzgebers, vgl. Maunz, Theodor; Sigloch, Heinrich; Schmidt-Bleibtreu, Bruno; Klein, Franz, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, München, Ann. 118 zu § 90; BVerwG v. 26.1.62 BVerwGE 13,328(329); Schmidt-Bleibtreu, Bruno, Anmerkung zu BVerfGE 13,248, in: DVV 32,105

passungsfähiger als der formelle Gesetzgeber. Ob für diese Verzögerung organisationspolitische Interessen etwaiger betroffener Wirtschafts- und Berufsverbände verantwortlich zu machen sind, vor denen im Gesetzgebungsverfahren bezüglich der Trennung von Berufen gewarnt wurde, muß hier allerdings dahingestellt bleiben.

Welche Gewerbe aus übergeordneten Gründen der Berufsausbildung, der Berufsausübung und der wirtschaftlichen Existenzsicherung gestrichen, ganz oder teilweise zusammengefaßt werden könnten, sollten oder müßten, kann hier offengelassen werden.¹ Grundsätzlich haben diese Entscheidungen "unter Beachtung des Herkommens und der tatsächlichen Übung im Berufe"² zu erfolgen. Dabei wird dem Gesetzgeber aber von der Rechtsprechung ein gewisser Spielraum eingeräumt, dessen Grenzen dort liegen, wo versucht wird, die überkommenen und tatsächlichen bestehenden Verhältnisse im Bereich der betroffenen Berufe ohne hinreichenden Grund, also willkürlich, zu verzerren.³ Diese Grenze hat der Gesetzgeber auch in § 1 Abs. 3 HO gesetzt, wenn er die Ermächtigung dahingehend limitiert, daß sie nur soweit gehen soll, wie es die wirtschaftliche und technische Entwicklung erfordert. Eine darüber hinausgehende, willkürliche Veränderung würde von der Ermächtigung nicht mehr gedeckt sein. Damit ist bereits die Frage der Vereinbarkeit des § 1 Abs. 3 HO mit dem Grundgesetz angeschnitten, die es nun zu beantworten gilt. Dabei wird zunächst Stellung zu nehmen sein zu der (noch immer) unentschiedenen Diskussion, ob der (Bundes-)Gesetzgeber zu gesetzesändernden Rechtsverordnungen ermächtigen darf, oder ob nachkonstitutionelle Ermächtigungen, also auch die des § 1 Abs. 3 HO, lediglich den Erfordernissen des Art. 80 GG genügen müssen. Da die letztere Meinung vertreten werden wird, muß dann geprüft werden, ob die Ermächtigung gegen diesen Artikel verstößt.

1) Vgl. hierzu etwa Stratenwerth, W., a.a.O., S. 50 ff

2) BVerfG v. 17.7.61 BVerfGE 13,97(117)

3) Vgl. BVerfGE 13,97 (106,117). Nach dieser Handwerksentscheidung ist die Positivliste diesbezüglich unbedenklich.

Die Positivliste ist als Anlage A zur Handwerksordnung ebenso Bestandteil des Gesetzes wie die Anlagen B und C, sie erfüllt den materiellen und formellen Gesetzesbegriff. Die Ermächtigung "zur Streichung, Trennung oder Zusammenfassung von Gewerben" bedeutet demnach, wofür auch ihr Wortlaut ("die Anlage A ... zu ändern") spricht, die Ermächtigung zur Änderung des Verzeichnisses und damit zur Änderung des Gesetzes.

Nun kann nach Art. 80 Abs. 1 GG der Bundesgesetzgeber die Exekutive durch Gesetz ermächtigen, Rechtsverordnungen zu erlassen, aber das Grundgesetz enthält keine ausdrückliche Regelung der Frage, ob der Gesetzgeber auch zum Erlaß von gesetzesändernden Rechtsverordnungen ermächtigen darf. Lediglich vorkonstitutionelle Ermächtigungen zu gesetzesändernden Verordnungen werden im Grundgesetz erwähnt. So sind nach Art. 129 Abs. 3 GG fortgeltende Rechtsvorschriften, soweit sie "zu ihrer Änderung oder Ergänzung oder zum Erlaß von Rechtsvorschriften anstelle von Gesetzen ermächtigen", "diese Ermächtigungen erloschen". Es gilt daher zu prüfen, ob das Grundgesetz grundsätzlich Ermächtigungen zu gesetzesändernden Verordnungen zuläßt, und welche Grenzen es gegebenenfalls solchen Ermächtigungen setzt. Dann gilt es zu klären, ob § 1 Abs. 3 HO diese Grenzen verletzt. Die Entscheidung über diese Probleme ist von erheblicher Tragweite, denn im Falle der Nichtzulässigkeit gesetzesändernder Verordnungen bzw. der Ermächtigung hierzu wären Ermächtigung und Rechtsverordnung rechtswidrig und könnte die Ermächtigung vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt werden, was dann auch zur Unwirksamkeit der Rechtsverordnung - mangels gesetzlicher Ermächtigung - führen würde. Im Falle des Überschreitens der durch Art. 80 Abs. 1 GG gesetzten Grenzen könnte das Bundesverfassungsgericht auf Verfassungsbeschwerde die Unvereinbarkeit der gesamten

Rechtsverordnung oder gewisser Teilbestimmungen mit dem Grundgesetz aussprechen.

In der Vergangenheit wurde mit Ermächtigungen und Rechtsverordnungen großer Mißbrauch getrieben. Daher verwundert es nicht, daß gesetzesändernde Rechtsverordnungen in der Literatur zum Teil als etwas Illegales angesehen werden. Dies hat den Gesetzgeber aber nicht davon abgehalten, eine ganze Reihe solcher Ermächtigungen zu erteilen.¹ Zumindest die Verfassungswirklichkeit kennt also gesetzesändernde Rechtsverordnungen und hierauf gerichtete Ermächtigungen. Hierin kann aber, wenn überhaupt, höchstens ein Indiz für die Zulässigkeit gesetzesändernder Verordnungen gesehen werden.

1) Vgl. etwa die Beispiele bei Lange, Hans-Richard, Zur Zulässigkeit gesetzesändernder Rechtsverordnungen, JR 68, 8(8, FN 3); Peter, Christoph, Darf der Bundesgesetzgeber zum Erlass gesetzesändernder Rechtsverordnungen ermächtigen?, AöR 92(1967), 357(357 ff). (Auf die unterschiedlichen Auffassungen der beiden Autoren zum Begriff der gesetzesändernden Verordnungen soll hier nicht eingegangen werden, da dieses Problem bei § 1 Abs. 3 HO - wie angeführt - nicht auftritt.) Neuerdings enthält das Gesetz zur Erleichterung der Verwaltungsreform in den Ländern (Zuständigkeitslockerungsgesetz) vom 10.3.1975 (BGBl. I S. 685) eine Reihe von Möglichkeiten der Änderung der (formell-gesetzlich) festgelegten Zuständigkeiten durch Rechtsverordnung. (Für den Bereich der Handwerksordnung vgl. Art. 17 d.G.)

Die Ansichten in Schrifttum¹ und Rechtsprechung² über die Zulässigkeit gesetzesändernder Verordnungen sind kontrovers.

- 1) (generell) gegen die Zulässigkeit sprechen sich aus:
Hahn, Hugo J., Über die Gewaltenteilung in der Wertwelt des Grundgesetzes, S. 469, in: Rausch, Heinz (Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, Darmstadt 1969; Hamann, Andreas; Lenz, Helmut, das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, Neuwied, Berlin 1970, S. 550; Klein, Friedrich, Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, S. 61 f, in: Genzer, W.E.; Einbeck, W. (Bearbeiter), Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Frankfurt 1952; Mangoldt, Hermann v., Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 3. Lieferung, Bonn Frankfurt/M. o.J., S. 432; Maunz, Theodor, Deutsches Staatsrecht, München 1968, S. 230; Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O., Anm. 10 zu Art. 80; Mende, August W., Zur Frage der Zulässigkeit gesetzesändernder Rechtsverordnungen, DÖV 55,625 f; Model, Otto, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Taschenkommentar, Köln Berlin Bonn München 1971, S. 320 f; Obermayer, Klaus, Art. Rechtsverordnungen, Sp.1774(1775), in: Kunst, Hermann; Grundmann, Siegfried (Hrsg.), Evang. Staatslexikon, Stuttgart Berlin 1966; Schunck, E.; De Clerck, H., Allgemeines Staatsrecht und Staatsrecht des Bundes und der Länder, Sieburg 1964, S. 80 für die Zulässigkeit (nach Erfüllung der Erfordernisse des Art. 80 GG) sprechen sich aus: Neumeyer, Winfried, Die verfassungsmäßig notwendige Begrenzung der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen, Diss. Köln 1967, S. 173,218; Peter, Chr., a.a.O., AöR 92(1967), 357(377); Wolff, Bernhard, Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, AöR 78 (1952/53), 194 (199,203) einen Mittelweg schlagen ein, indem sie - neben den Erfordernissen des Art. 80 GG - weitere Einschränkungen fordern: Hasskarl, Horst, Die Begrenzung exekutiver Rechtsetzungsbefugnis unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgesetzgebung, Diss. Saarbrücken 1969, S. 237 (zukünftig zitiert: Hasskarl, Diss.); Hinkamp, Klaus, Analyse und Strukturwandel von Bundeslegislative und Bundesregierung unter besonderer Berücksichtigung der Gewaltenteilung, Diss. Köln 1966, S. 78,96; Lange, H.-R., a.a.O., JR 68,8(10), (er differenziert, in einer allerdings recht formalen Betrachtungsweise, nochmals nach dem Umfang der Gesetzesänderung durch die Rechtsverordnung); Schack, Friedrich, Die gesetzvertretenden Verordnungen, DÖV 62, 652 (er macht die Einschränkung, daß die Ermächtigungen in klarer Weise auf die "Regelung einzelner genauer umschriebener Fragen untergeordneter Art" begrenzt werden (a.a.O., S. 656)
- 2) gegen die Zulässigkeit: BayVGh v. 26.7.56 BayVB1. 56, 283(285); wohl auch BVerwG v. 4.7.56 BVerwGE 4,24(47ff) und vom 14.5.63 BVerwGE 16,87(90) unentschieden: BGH v. 10.10.56 BGHZ 21,388(392) für die Zulässigkeit: BVerwG v. 23.4.54 BVerwGE 1,104(114)

So wird etwa aus Art. 129 Abs. 3 GG der Wille des Gesetzgebers entnommen, keine neuen Verordnungsermächtigungen zu Gesetzesänderungen zuzulassen.¹ Teils wird behauptet, bei gesetzesändernden Verordnungen trete eine mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht mehr zu vereinbarende Verlagerung der Gesetzgebungsgewalt ein.² Beide Gesichtspunkte werden von Maunz verbunden, wenn er argumentiert, Art. 129 Abs. 3 GG sei Ausfluß des strengeren Rechtsstaatsprinzips (der strengeren Gewaltenteilung) des Grundgesetzes, so daß dieser Rechtsgedanke des Art. 129 Abs. 3 GG auch für das nachkonstitutionelle Recht gelte.³ Gegen diese Auffassungen wird vorgebracht, daß die Bestimmung des Art. 129 Abs. 3 GG sowohl nach Wortlaut und Stellung im Grundgesetz, als auch nach Sinn und Zweck eine Übergangsbestimmung darstelle. Dieser Artikel solle eine Kontroverse über das Weitergelten jener uferlosen Delegationen der Weimarer und der nationalsozialistischen Zeit verhindern und Rechtsklarheit schaffen. Er lasse sich nicht auf Ermächtigungen im neu errichteten Rechtsstaat des Grundgesetzes übertragen, sondern er zieler allein auf Verordnungsermächtigungen vergangener Verfassungsperioden. Im Art. 129 Abs. 3 GG nicht nur eine Bereinigung gesetzgeberischer Vergangenheit, sondern zugleich auch ein Verbot für die Zukunft zu sehen, übersteige daher die Grenzen zulässiger Verfassungsinterpretation.⁴ Dem Argument der Verlagerung der Rechtsetzungsgewalt wird begegnet mit dem Hinweis auf das Entlastungsinteresse des Gesetzgebers, wie es in Art. 80 GG normiert und anerkannt sei. Die Grenzen nachkonstitutioneller Ermächtigungen würden hier festgelegt sein. Ein Ausschluß der Ermächtigung zu gesetzesändernden Verordnungen sei diesem Artikel aber nicht zu entnehmen.⁵

1) Vgl. Mangoldt, H. v., Das Bonner Grundgesetz, 3. Lieferung, Bonn Frankfurt/M. o.J., S. 432; Kleinrahm, Kurt, Das richterliche Prüfungsrecht bei Rechtsverordnungen, DVBl. 50, 298(299)

2) Vgl. Klein, Fr., a.a.O., S. 61 f; Mende, A.W., a.a.O., DÖV 55, 625(628)

3) Vgl. Maunz, Th., in: Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O., Erl. 10 zu Art. 80

4) So Peter, Chr., a.a.O., AöR 92(1967), 357(373)

5) Vgl. Peter, Chr., a.a.O., AöR 92(1967), 357(372)

Mit Art. 129 Abs. 3 GG läßt sich eine Unvereinbarkeit von gesetzesändernden Verordnungen bzw. Ermächtigungen hierzu nicht begründen. Wortlaut und Stellung im Grundgesetz, sowie Sinn und Zweck charakterisieren diesen Artikel einwandfrei als Übergangsbestimmung. Der Gehalt der Norm ist in die Vergangenheit gerichtet. Die Vorschrift stellt allein auf Verordnungsermächtigungen vergangener Verfassungsperioden ab. Sie kann daher nicht auf nachkonstitutionelle Verordnungen bzw. Ermächtigungen angewendet werden. Hieran ändert auch das Argument von Maunz nichts, wonach Art. 129 Abs. 3 GG Ausfluß des strengeren Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes sei, so daß er als Ausformung der Idee des Rechtsstaates auf nachkonstitutionelle Ermächtigungen anwendbar sei. Maunz ist insoweit zuzustimmen, als er in dieser Norm ein gegenüber vergangenen Verfassungsperioden strengeres Rechtsstaatsprinzip sieht. Der in die Vergangenheit gerichtete Gehalt der Norm kann damit aber nicht negiert werden. Zudem ergäbe sich - worauf Peter zutreffend hinweist¹ - eine nicht erklärbare Konkurrenz zur Regelung des nachkonstitutionellen Ordnungsrechts in Art. 80 Abs. 1 GG.

Mit der Ablehnung der Anwendbarkeit des Art. 129 Abs. 3 GG ist aber noch nicht das Argument widerlegt, das Rechtsstaatsprinzip als solches, insbesondere die Gewaltenteilung, verlange den Ausschluß gesetzesändernder Ermächtigungen bzw. Verordnungen.

Eine vollkommene Durchführung des Prinzips der Gewaltenteilung kennt das Grundgesetz, wie gerade der Blick auf Art. 80 zeigt, nicht. Die Idee des Rechtsstaates und der ihm eigenen Gewaltenteilung kann daher nur verletzt sein, wo ein gewisses, erträgliches Maß der Verlagerung bestimmter Befugnisse überschritten wird. Diese Grenze wird dort anzusiedeln sein, wo ein "Eingriff" in den Kernbereich der anderen Gewalt stattfindet. Wann dies der Fall ist, läßt sich aus allgemeinen Gesichtspunkten der Gewaltenteilung schwerlich angeben. Dies ist aber auch hier nicht notwendig, denn die Übertragung rechtsetzender Gewalt von der Legislative auf

1) Vgl. Peter, Chr., a.a.O., AöR 92(1967), 357(374)

die Exekutive wird in einer das Prinzip des Rechtsstaates (der Gewaltenteilung) nicht tangierenden Weise in Art. 80 GG geregelt.¹ Dieser Artikel verbietet einen "Eingriff" in den Kernbereich der Legislative. Da andererseits der Grundsatz der Gewaltenteilung nur dann verletzt ist, wenn ein "Eingriff" in den Kernbereich einer (ändern) Staatsfunktion vorliegt, liegt es nahe, Art. 80 GG als Rahmen zu betrachten, innerhalb dessen Ermächtigungen zu gesetzesändernden Verordnungen und damit auch diese selbst zulässig sind.² Die Problematik der gesetzesändernden Verordnungen und Ermächtigungen hierzu liegt indes noch etwas tiefer, denn solche Verordnungen tangieren den im Rechtsstaatsprinzip verwurzelten "Vorrang des Gesetzes". Hiernach kommt die aktive formelle Gesetzeskraft allein dem förmlichen Gesetz zu; Verordnungen können demnach Gesetze nicht ändern. Diesem Prinzip der rechtsstaatlichen Normenhierarchie steht das praktische Bedürfnis nach gesetzesändernden Verordnungen gegenüber. Das "Entlastungsinteresse" (Trieipel) des delegierenden Gesetzgebers ist heute in Art. 80 GG anerkannt. Der Erkenntnis und Überzeugung, daß das Parlament nicht alles selbst regeln kann und - nicht zuletzt auch im Hinblick auf größere Gerechtigkeit - die Möglichkeit haben müsse, die Rechtsetzung zum Zwecke eines elastischeren und schnelleren Verfahrens, einer besseren Anpassung an die wirtschaftliche und technische Entwicklung,³ der Exekutive zu übertragen, wird man sich nicht lediglich bei gesetzesändernden Verordnungen und Ermächtigungen verschließen können. Dies hieße, das aus dem ständigen Wandel des Sozialprozesses sich ergebende (praktische) Bedürfnis nach gesetzesändernden Verordnungen prinzipiell dem Bedürfnis nach Wahrung der Normenhierarchie unterzuordnen. Ein solches Übergewicht kommt dem Prinzip der Gewaltenteilung aber nicht zu. Der gewaltenteilende Rechtsstaat versteht sich nicht als Selbstzweck, sondern der Sinn der Gewaltenteilung liegt darin, daß sich die Organe der Legislative, Exekutive und Judikative gegenseitig kontrollieren und begrenzen,

1) Vgl. BVerfGE v. 2.5.64 BVerfGE 18,52(59)

2) Diese Herleitung lehnt sich an Lange, H.-R., a.a.O., JR 68,8(11) an

3) So z.B. Begründung für die Ermächtigung in § 1 Abs. 3 HO (vgl. Ausschlußbericht 1965, I Nr. 8; II Nr. 1)

um auf diese Weise die Staatsmacht zu mäßigen und die Freiheit des Einzelnen zu schützen. Der gewaltenteilende Rechtsstaat muß daher im Dienste sinnvoller Staatsorganisation verstanden werden; nicht strikte Gewaltenteilung, sondern Mäßigung und Ordnung der Gewalt ist das angestrebte Ziel. Ein prinzipieller Ausschluß von Ermächtigungen zu Gesetzesänderungen erscheint daher nicht notwendig. Andererseits bedarf es aber einer Grenzziehung. Diese Grenze wird dort zu setzen sein, wo durch die Ausdehnung gesetzesändernder Verordnungen der Vorrang des förmlichen Gesetzes ausgehöhlt und der Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung verwischt wird, denn der Rechtsstaatsgedanke verlangt die Aufrechterhaltung des prinzipiellen Unterschieds zwischen Gesetz und Verordnung.¹ Gesetzesänderung durch (for melles) Gesetz bzw. Rechtsverordnung müssen sich wie Regel zu Ausnahme verhalten.

Damit ergibt sich, daß der Gesetzgeber nicht nur die rechtsetzende Gewalt, sondern auch die "Gewalt" der (aktiven) formellen Gesetzeskraft an den Ordnungsgeber delegieren können muß, und auch kann.² Die Verordnungsermächtigung überträgt also den Vorrang des Gesetzes.³

Die vorgetragene Auffassung läßt sich noch mit einem weiteren Argument belegen. Der Gesetzgeber steht des öfteren vor der Alternative, eine bestimmte Detailfrage selbst zu regeln, dabei aber die Exekutive im Rahmen des Art. 80 GG zu ermächtigen, diese Regelung durch gesetzesändernde Verordnung

1) So Peter, Chr., a.a.O., AöR 92(1967), 357(380); ebenso BVerfGE 8, 155(171). Kritisch zu dieser vagen Grenzziehung äußert sich Jesch, Dietrich, Zulässigkeit gesetzesvertretender Verwaltungsverordnungen?, AöR 84(1967), 74(90)

2) Nach BVerfGE 8, 155(170) steht es dem Gesetzgeber frei, "die Anwendbarkeit einer Vorschrift dadurch zu beschränken, daß er ihr eine Subsidiarität gegenüber bestimmten staatlichen Willensäußerungen niedrigeren Ranges beilegt. Durch den Vorrang des Gesetzes wird diese Befugnis nicht berührt." Das BVerfG hat hier die Abänderung eines Gesetzes durch Verwaltungsvorschriften als mit dem Grundgesetz vereinbar, gesehen.

3) So Peter, Chr., a.a.O., AöR 92(1967) 357(368f) unter Hinweis auf Jacobi, Ipsen und Holtkotten. Ebenso Neumeyer, W., a.a.O., S. 97 mit weiteren Nachweisen

an die Änderung der Verhältnisse anzupassen, oder aber sich der Regelung zu enthalten und die Angelegenheit nach Maßgabe des Art. 80 GG dem Ordnungsgeber zu übertragen.¹ Es ist nun aber nicht einzusehen, daß der zweite Weg "rechtsstaatlicher" als der erste sein soll, zumal der Ordnungsgeber bei primärer gesetzlicher Regelung mit sekundärer Verordnungsermächtigung nur eventualiter zum Zuge kommt, während bei primärer Überweisung an den Ordnungsgeber die Rechtsetzung mit großer Wahrscheinlichkeit vom Ermächtigten vorgenommen wird,² also der Grundsatz der Rechtsetzung durch das Parlament eine Ausnahme erfährt.

Es läßt sich somit festhalten: Die Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive, die sich aus dem verfassungsrechtlichen Prinzip des Rechtsstaates und der Gewaltenteilung ergeben, werden in Art. 80 GG umschrieben. Genügt eine Ermächtigung dieser Vorschrift, so ist sie - auch wenn sie sich auf eine Gesetzesänderung bezieht - nicht verfassungswidrig. Dieses Ergebnis steht zumindest nicht in Widerspruch mit der Rechtsprechung des höchsten deutschen Gerichtes, des Bundesverfassungsgerichtes. Zwar hatte dieses schon mehrfach solche Ermächtigungen zu prüfen,³ es hat aber - soweit ersichtlich - noch nicht expressis verbis über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit Gesetzesändernder Verordnungen Aussagen gemacht. Trotzdem läßt sich auf eine Neigung des Gerichtes zur Bejahung der Zulässigkeit schließen:⁴ In BVerfGE 8,155 werden allgemeine Verwaltungsvorschriften, die - auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung - Verfahren und Zuständigkeiten der Lastenaus-

- 1) Vgl. z.B. § 4 BImSchG i.V.m. § 66 BImSchG (früher § 16 GewO) und die fortgeltende Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen nach § 16 der Gewerbeordnung i.d.F. v. 7.7.71 (BGBl. I S. 888)
- 2) Mit "großer Wahrscheinlichkeit" deshalb, weil i.d.R. keine Verpflichtung des Ermächtigten zum Erlaß der Rechtsverordnung besteht, vgl. hierzu Wilke, Dieter (1973), Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen, AöR 98(1973), 196(234); Mangoldt, Hermann v.; Klein, Friedrich, Das Bonner Grundgesetz, Bd. III, 6. Lieferung, Berlin Frankfurt/M 1969, S. 1958; Schmidt-Bleibtreu, Bruno, a.a.O., DÖV 62, 105(105)
- 3) Vgl. BVerfG v. 20.7.54 BVerfGE 4,7; v. 5.3.58 BVerfGE 7,282; v. 15.12.59 BVerfGE 10,251; v. 13.12.61 BVerfGE 13,248; v. 27.11.62 BVerfGE 15,153; v. 18.10.66 BVerfGE 20,283
- 4) So im Ergebnis auch Wilke, D., a.a.O., AöR 98(1973), 196(247)

gleichsverwaltung abweichend vom Gesetz regeln, gebilligt. Das Gericht begründet seine Auffassung damit, daß es dem Gesetzgeber freistehen müsse, einer (förmlichen) Vorschrift Subsidiarität gegenüber bestimmten staatlichen Willensäußerungen niedrigeren Ranges beizulegen.¹ Bedenken gegen eine Übertragung dieser Darstellung auch auf Rechtsverordnungen bestehen indessen nicht. Zudem war für das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Ermächtigungen zu gesetzesändernden Verordnungen stets nur Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Maßstab. Wurde eine Ermächtigung für nichtig erklärt,² so geschah dies nicht deshalb, weil sie zu gesetzesändernden Verordnungen ermächtigte, sondern weil sie den Bestimmtheitserfordernissen - Inhalt, Zweck und Ausmaß - nicht genügte.³ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes erkennt demnach im Ergebnis die Zulässigkeit gesetzesändernder Rechtsverordnungen an.

Die Unvereinbarkeit der Ermächtigung mit dem Grundgesetz könnte sich somit nur noch wegen Verstoßes gegen Art. 80 GG ergeben. Es ist daher zu prüfen, ob § 1 Abs. 3 HO jenen Erfordernissen genügt.

Mit der herrschenden Meinung wird davon auszugehen sein, daß trotz des eindeutigen Wortlautes in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung, sondern Inhalt, Zweck und Ausmaß der Rechtsverordnung im Gesetz bestimmt sein müssen,⁴ denn nur dies entspricht dem Anliegen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, nämlich den Normierungsspielraum des Ordnungsgebers zu begrenzen.⁵ Welche Anforderungen an die Bestimmtheit von Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Verordnungsgewalt und an die Ermitt-

1) Vgl. BVerfGE 8,155(170)

2) Vgl. BVerfGE 7,282; BVerfGE 10,251; BVerfGE 15,153

3) Eine Ausnahme macht BVerfGE 13,248. Dort wurden die verspätete Erhöhung von Rentenhöchstbeträgen gerügt und die einschlägigen Vorschriften wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 GG) für verfassungswidrig erklärt

4) So Hasskarl, Diss., S. 198 ff mit zahlreichen Literaturhinweisen

5) So Hasskarl, Diss., S. 215,219,240

lung dieser Bestimmtheit zu stellen sind, hat das Bundesverfassungsgericht in einer umfangreichen Rechtsprechung entwickelt,¹ die allerdings uneinheitlich, schwankend und teilweise widersprüchlich ist.²

Unter Berücksichtigung der wichtigsten Grundsätze dieser höchstrichterlichen Entscheidungen wird man zu dem Ergebnis kommen, daß bei der Ermächtigung in § 1 Abs. 3 HO der durch Art. 80 GG gesetzte Rahmen nicht überschritten wurde:

Es ist davon auszugehen, daß der Inhalt der zu erlassenden Rechtsverordnung durch den Zweck der Verordnung konkretisiert werden kann.³ Der Zweck der Rechtsverordnung liegt in der Anpassung der Positivliste an die wirtschaftliche und technische Entwicklung. Der Zweck wird damit ausdrücklich, zumindest aber mit einwandfreier Deutlichkeit im Text des Gesetzes angegeben; der 1. Deutlichkeitsformel des BVerfG⁴ wird damit Genüge getan. Nur soweit es die wirtschaftliche und technische Entwicklung erfordert, darf die Liste im Verordnungswege geändert werden. Der Regelungsbefugnis des Verordnungsgebers wird hierdurch eine Schranke gesetzt.⁵ Es ergibt sich eine (ausdrückliche) Begrenzung der Änderungsmöglichkeit, das Ausmaß der Änderung ist bestimmt, und zwar durch einen unbestimmten Gesetzesbegriff. Weiter hat der Gesetzgeber selbst eine (inhaltliche) Limitation vorgenommen, indem er den Bundesminister für Wirtschaft nur dazu ermächtigte, daß er "aufgeführte Gewerbe streicht, ganz oder teilweise zusammenfaßt oder trennt, Bezeichnungen für sie festsetzt oder die Gewerbegruppen aufteilt", die Neuaufnahme von Gewerben sich also selbst vorbehalten hat.

1) Vgl. Hasskarl, Horst, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, AöR 94(1969), 85 ff (zukünftig zitiert: Hasskarl, AöR)

2) So Hasskarl, AöR 94(1969), 85(103). Kritisch zur Rechtsprechung des BVerfG auch Wilke, D., a.a.O., AöR 98(1973), 196(229f)

3) Vgl. BVerfGE 8, 274(315); Hasskarl, AöR 94(1969) 85(100)

4) Vgl. Hasskarl, AöR 94 (1969), 85(100)

5) Nicht gefolgt werden kann daher Britze (a.a.O., S. 57), wenn er meint, daß die Bestimmung des Ausmaßes "im Hinblick auf die sich ständig verändernde Struktur der wirtschaftlichen Gegebenheiten in der vom Verfassungsgesetzgeber geforderten ausführlichen Form nicht möglich" sein soll.

Bedenken, daß § 1 Abs. 3 HO den Erfordernissen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht genügen könnte, ließen sich nach Vorstehendem wohl allenfalls wegen nicht ausreichender Inhaltsbestimmung der zu erlassenden Rechtsverordnung vorbringen. Gerügt würde damit, daß erst aus der Rechtsverordnung, und nicht bereits aus der Ermächtigung erkennbar (und vorhersehbar) ist, was vom Bürger gefordert wird (Vorhersehbarkeitsformel).¹ Würde man diesen Einwand konsequent weiterverfolgen, so ergäbe sich, daß der Gesetzgeber selbst die Änderung der Positivliste vornehmen müßte. Damit würde die - auch vom Gesetzgeber gewünschte - Anpassung an die wirtschaftliche und technische Entwicklung behindert. Wenngleich zugegeben werden muß, daß praktische Bedürfnisse - wenn überhaupt - nur in sehr geringem Umfang einen Einbruch in grundgesetzlich vorgeschriebene Erfordernisse zu rechtfertigen vermögen, so wird man sich doch mit bescheideneren Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit zufrieden geben müssen. Dies wird dadurch nahegelegt, daß höhere Anforderungen die Delegationsmöglichkeit für den Gesetzgeber unhandlicher und funktionsuntüchtiger machen würden.² Der Verzicht auf diese höheren Anforderungen wird insofern erleichtert, als der Gesetzgeber mit der Aufstellung und Überprüfung der Liste (1953 bzw. 1965) bereits eine Entscheidung getroffen hat, von der nur dann abgewichen werden darf, "soweit es die wirtschaftliche und technische Entwicklung erfordert." Begrenzt durch dieses Willkürverbot existiert zwar noch immer ein gewisser Entscheidungsspielraum, es hieße aber den Art. 80 GG verkennen, wollte man die Auffassung vertreten, dieser Artikel ließe keinerlei Gestaltungsfreiheit für den Verordnungsgeber mehr zu. Die Verordnungsermächtigung begegnet daher keinen durchschlagenden Bedenken bezüglich Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG. Als Ergebnis läßt sich damit festhalten: § 1 Abs. 3 HO ist mit dem Grundgesetz vereinbar.³

1) Vgl. Hasskarl, AöR 94(1969), 85(101)

2) Vgl. hierzu - allgemein - BGG v. 25.10.67 BGH 48, 3-5(300), wo für "bescheideneren Anforderungen an die von Art. 80 GG geforderte Konkretisierung ..." eingetreten wird

3) Im Ergebnis ebenso: Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 17 zu § 1; Siegert-Musielak, Anm. 1, 2 zu § 1 a.A. Britze, H.H., a.a.O., S. 57

226. Zusammenfassung

Da eine klare, eindeutige und konsistente Definition der Begriffe "Handwerk", "Handwerker" und "Handwerksbetrieb" nicht gegeben werden kann, weil dem die Gestaltungsmöglichkeiten gewerblicher Betätigung, das differenzierte Erscheinungsbild des "Handwerks" entgegenstehen, der Gesetzgeber andererseits aber die Bestimmung dessen, was als Handwerk im Sinne der Handwerksordnung anzusehen ist, nicht vollkommen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis überlassen wollte, hat er ein Verzeichnis der Gewerbe aufgestellt, die überhaupt als Handwerk betrieben werden können. Diese Anlage A ist Bestandteil des Gesetzes und bindet Rechtsprechung und Verwaltung dahingehend, daß es daneben keine weiteren handwerklichen Vollberufe im Sinne der Handwerksordnung gibt. Nur die aufgezählten Gewerbe sind handwerksfähig. Die Anlage A scheidet damit all diejenigen Gewerbe aus, denen es der abstrakten Handwerksfähigkeit mangelt oder umgekehrt, sie bestimmt positiv (Positivliste!), welche Gewerbe überhaupt als (Voll-)Handwerk betrieben werden können. Die angeführten Berufsbezeichnungen stellen dabei unbestimmte Gesetzesbegriffe dar, deren Auslegung sich an den handwerklichen Berufsbildern zu orientieren hat. Da diese aber primär anderen Zwecken und Zielen dienen sollen, entscheidet letztlich das tatsächliche Berufsbild. Anerkannt wird damit auch im Bereich des Tatbestandsmerkmals "Handwerksfähigkeit" der dynamische Charakter des Handwerksbegriffes. Dies bedeutet, daß die Berufsbezeichnungen keiner historischen Gebundenheit unterliegen, vielmehr dynamischer Interpretation zugänglich sind, also die Bedeutungsinhalte der Bezeichnungen sich wandeln können.

Ein Handwerksbetrieb liegt nicht erst vor, wenn die ausgeübten Tätigkeiten vollständig dem relevanten Berufsbild entsprechen, sondern bereits dann, wenn wesentliche Tätigkeiten ("Teilhandwerk") ausgeübt werden. Die in der Anlage A vom Gesetzgeber aufgeführten Teilhandwerke stellen angesichts der wirtschaftlichen Gestaltungsmöglichkeiten gewerblicher Betätigung nach herrschender Meinung keine ab-

schließende Aufzählung dar. Unzählige weitere Teilhandwerke sind denk- und realisierbar. Deren "Wesentlichkeit" ergibt sich nach quantitativer, d.h. am Umfang der ausgeübten Arbeitsgebiete und/oder qualitativer, d.h. am Umfang der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten orientierter Betrachtungsweise, wobei als Ausgangspunkt derjenige Betrieb anzusehen ist, der das einschlägige (wirtschaftliche) Berufsbild in seiner vollen Breite ausübt. An diesem Berufsbild sind die ausgeübten Tätigkeiten zu "messen". Dabei können quantitative oder qualitative Aspekte, je für sich, bereits das Merkmal der "Wesentlichkeit" erfüllen. Entscheidend ist, inwieweit die konkreten Tätigkeiten typisch für das betreffende Handwerk sind. Damit wird auch ausgedrückt, daß allein die innerberufliche (wirtschaftliche) Bedeutung der betriebenen Tätigkeiten das Tatbestandsmerkmal "wesentlich" ergeben kann.

Die Ermächtigung in § 1 Abs. 3 HO ist mit dem Grundgesetz, insbesondere Art. 80 GG, vereinbar. Der Vollständigkeit halber wäre diese Ermächtigung dahingehend zu erweitern, daß auch die Neuaufnahme von Berufen in das Verzeichnis der handwerksfähigen Gewerbe durch Verordnung erfolgen könnte. Grundsätzliche rechtliche Bedenken hiergegen bestehen nicht. Inwieweit die Anlage A einer Überarbeitung bedarf, kann und muß hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls hielt der Gesetzgeber anläßlich der Novellierung im Jahre 1965 eine solche für dringend geloten. Die Exekutive hat indessen, aus welchen Gründen auch immer, die Chance zur notwendigen Anpassung an die technisch-wirtschaftliche Entwicklung in einem schnelleren und elastischeren Verfahren bisher nicht genutzt.

23. Die Handwerksmäßigkeit von handwerksfähigen Gewerben

231. Die Bedeutung der Gesamtstruktur eines Betriebes
für die Abgrenzung

Ein Gewerbe, das ein in der Anlage A aufgeführtes "Handwerk" vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten erfaßt, kann seiner Betriebsform nach entweder Handwerksbetrieb oder Fabrik- bzw. Industriebetrieb sein, es kann handwerksmäßig oder fabrikmäßig betrieben werden.¹ Bei der notwendigen Abgrenzung gingen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis davon aus, daß eine allgemeingültige Definition des Handwerksbetriebes nicht gegeben werden kann, und versuchten daher Merkmale herauszustellen, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit einen Maßstab für die Handwerks- oder Fabrikmäßigkeit geben sollten. Diesen sogenannten Abgrenzungsmerkmalen, die den typischen Handwerksbetrieb bzw. den typischen Fabrik- (Industrie-)betrieb kennzeichnen sollten, kommt allerdings nur anfänglich Unbedingtheit zu. Sah man hier den Begriff des Fabrikbetriebes schon als erfüllt an, wenn in einem gewerblichen Unternehmen auch nur einzelne Merkmale dieser Betriebsform vorhanden waren,² so setzte sich bald die Erkenntnis durch, daß bei der Entscheidung der Frage Handwerks- oder Industriebetrieb einmal dieses, ein andermal jenes Abgrenzungsmerkmal im Vordergrund zu stehen hat. Die Merkmale wurden in ihrer Aussagekraft relativiert, wobei diese Relativierung aber nicht nur das Gewicht zwischen den

1) Zu beachten ist, daß bei der Erörterung der Handwerksmäßigkeit nur mehr die Alternative zwischen Handwerks- und Industriebetrieb besteht, da zuvor bereits anhand des Berufsbildes festgestellt wurde, daß zumindest wesentliche Tätigkeiten eines handwerksfähigen Gewerbes ausgeübt werden. (Von der Vorgehensweise her sehr instruktiv: VG Augsburg v. 20.7.73 GewA 74,24). Das Problem der Ausübung unwesentlicher Tätigkeiten eines Handwerks (in Form eines Industriebetriebes oder Minderhandwerks) berührt grundsätzlich lediglich die Handwerksfähigkeit von Gewerben. Allerdings ist - wie bereits angeführt - wegen der beiden Tatbestandsvoraussetzungen immanenten Kenntnisse und Fertigkeiten eine vollkommene Trennung nicht möglich.

2) Vgl. SächsOLG v. 18.10.1900 GewA 02,150(151)

einzelnen Merkmalen erfaßte,¹ sondern auch den gesamten Merkmalskatalog. Durch diese Entwicklung verloren die Merkmale bereits vor dem 1. Weltkrieg ihre ursprüngliche Bedeutung als echte Abgrenzungskriterien, sie wurden zu bloßen "Erkenntnishilfen" (Fröhler).² Von dieser Wertung der Kriterien als gedankliche Richtpunkte war es dann nur noch ein kleiner Schritt zu der Erkenntnis, daß letztlich die Gesamtstruktur eines Betriebes für die rechtliche Qualifizierung als Industrie- oder Handwerksbetrieb entscheidend sei. Diese Auffassung wird - soweit ersichtlich - durch das Sächsische Oberverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 3.12.1904 GewA 06,323(324) eingeleitet: "Für den Fabrikbetrieb sind von Wissenschaft und Rechtsprechung eine Anzahl Merkmale aufgestellt worden, die zwar wertvolle Anhaltspunkte für die Beurteilung bilden, aber doch nicht einen rein schematisch oder mechanisch anwendbaren Maßstab abgeben. Entscheidend ist vielmehr der gesamte Charakter der (gewerblichen) Anlage und die tatsächliche Gestaltung des Betriebes und der Betriebseinrichtungen im Einzelfall, so daß trotz Fehlens einzelner oder auch mehrerer der anerkannten Merkmale ein Fabrikbetrieb und umgekehrt auch trotz äußerlichen Vorhandenseins verschiedener solcher Kennzeichen ein Handwerksbetrieb angenommen werden muß." Dies bedeutet mit anderen Worten, daß für die Zuordnung eines Betriebes zu Handwerk oder Industrie die Gesamtstruktur des Betriebes entscheidend ist, und weiter, daß nicht nur der typische Handwerksbetrieb, der alle einschlägigen Kriterien erfüllt, als Handwerksbetrieb anzusehen ist, sondern auch derjenige Betrieb, der sich mehr oder weniger von diesem Idealtypus entfernt, solange er nur diesseits einer Grenze bleibt. Man kann sich dies

-
- 1) Dies kommt z.B. in dem Urteil des OLG Darmstadt v. 31.1.02 GewA 02,738(739) dadurch zum Ausdruck, daß das erkennende Gericht zwischen "maßgebenden Merkmalen" und "unterstützenden Merkmalen" unterscheidet.
 - 2) Diese Darstellung lehnt sich eng an Fröhler, Ludwig; Dannbeck, Siegmund, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, München 1965 (zukünftig zitiert: Fröhler, Monographie), S. 4, an.

wie folgt vorstellen: Auf einer Skala bilden Handwerks- und Industriebetrieb die Gegenpole. Handwerksbetrieb ist dann nicht nur der eindeutige Handwerksbetrieb, sondern auch der weniger typische; schließlich kommt der Grenzfall und dann der Nichthandwerksbetrieb. Solange ein Betrieb näher zum Pol Handwerksbetrieb als zum Pol Industriebetrieb anzusetzen ist, handelt es sich um einen Betrieb der ersten Kategorie. Ein Betrieb muß also derjenigen Gruppe zugeordnet werden, deren typischer Betriebsform er am meisten entspricht. Fehlerhaft wäre es dagegen, zu argumentieren, dieser Betrieb ist kein typischer Handwerksbetrieb, folglich liegt ein Industriebetrieb vor. Es bedarf vielmehr immer der Prüfung, ob der zu qualifizierende Betrieb mehr dem typischen Handwerksbetrieb oder mehr dem typischen Industriebetrieb gleicht.¹

Die Zuordnung eines Betriebes zur Industrie oder zum Handwerk über seine Gesamtstruktur, sein Gesamtbild, ist heute herrschende Meinung²; allerdings bestehen über die Bedeutung einzelner Merkmale unterschiedliche Auffassungen.^{3,4}

- 1) So auch Fröhler, Ludwig, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, BB 57,1127(1128) (zukünftig zitiert: Fröhler, Abgrenzung)
- 2) Vgl. statt vieler Fröhler, Abgrenzung, BB 57,1127(1127); Dohrn, Max-Jürgen, Über die Zuordnung eines Gewerbebetriebes zum Handwerk oder zur Industrie, BB 61,506(509) (zukünftig zitiert: Dohrn, Abgrenzung); Britze, H.-H., a.a.O., S. 133; Honig, Gerhart, Handwerksbetrieb oder Industriebetrieb? - BVerwGE 20,263-, JuS 66,436(438) (zukünftig zitiert: Honig, Handwerksbetrieb); Pyrmann-Fröhler-Honig 1975, Anm. 10,19 zu § 1; Dohrn, Max-Jürgen, Anm. zu OVG Berlin v. 27.5.57 GewA 57/58, 109(109); LVG Minden v. 19.11.57 GewA 57/58,191(191); OVG Koblenz v.26.2.54 DVBl. 54,437 (437) = OVG 3,338(338); BVerwG v. 6.12.63 GewA 64,85(84); VGH Bad.-W. v. 9.12.64 GewA 66,62(62); OVG Münster v. 13.10.65 GewA 66,166(167); OVG Lüneburg v. 28.1.70 GewA 70,104(107); OVG Koblenz v. 13.10.71 GewA 72,15(15) a.A. Krömer, Eckart, Bemerkungen zum Begriff des Handwerks, DVBl. 57,257(257)
- 3) So auch Meyer-Hentschel, Gerhard, Der Begriff des Handwerks in der Rechtsprechung, NJW 58,1321(1321)
- 4) Damit bleibt es bei der sog. Mischungstheorie, die Schlesinger schon 1908 als theoretisch unbefriedigend bezeichnete (vgl. Sch., Friedrich, Fabrik und Handwerk als Begriffe der deutschen Rechtsprechung und Verwaltung, Leipzig 1908, S. 106)

Relevanz und Brauchbarkeit bestimmter benützter Kriterien sollen daher nun dargestellt und untersucht werden. Dabei soll bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß angesichts der Verschiedenartigkeit der einzelnen Handwerkszweige den Merkmalen für die betriebliche Gesamtstruktur unterschiedliches Gewicht beizumessen ist: Während etwa die Verwendung komplizierter Maschinen beim Schneiderhandwerk ungebräuchlich ist und daher ein Indiz für nicht-handwerksmäßige Betriebsweise darstellt, kann beim Autoreparaturgewerbe hierin keinesfalls ein gravierendes Indiz gesehen werden, denn in diesem Bereich besitzen Handwerksbetriebe üblicherweise eine erhebliche Maschinenausstattung.¹ Bei der Zuordnung eines Betriebes zu Handwerk oder Industrie sind daher immer die Verhältnisse des betreffenden Handwerkszweiges mit zu berücksichtigen.

232. Die Bedeutung von Größenmerkmalen

Um die Jahrhundertwende war die Betriebsgröße, gemessen an der räumlichen Ausdehnung des Betriebes, an der Zahl der Beschäftigten, an der Höhe des Umsatzes und des Kapitaleinsatzes beim typischen Handwerksbetrieb gering. Diese Gleichsetzung von Handwerksbetrieb = Kleinbetrieb wird angesichts der Tatsache schnell verständlich, daß nach der im Jahre 1895 durchgeführten Betriebszählung 65 % aller Handwerksbetriebe Einmannbetriebe waren und die durchschnittliche Beschäftigtenzahl 1,9 betrug. Die Bedeutung der Betriebsgröße als Kriterium für die Qualifizierung als Handwerks- oder Fabrikbetrieb sinkt aber im Laufe der Zeit. Bereits 1901 erkannte der Hessische Kreisausschuß in M. einen Dauschlossereibetrieb, der auch Kochherde herstellte, bis zu 50 Arbeiter beschäftigte und einen Jahresumsatz von 100.000,- M erzielte, als Handwerksbetrieb an, da "die Größe des Betriebes ... für sich allein um so weniger ausschlaggebend (ist), als es bedeutende Betriebe von unzweifelhaft handwerksmäßigem Charakter gibt, ... welche wohl als Großbetriebe, aber nach der Eigenart ihrer Arbeitsweise, der

1) So auch Buschatzki, W.-D., a.a.O., S. 100

erzeugten Ware oder ihrer Absatzbedingungen nicht als Fabriken gelten können."¹ Der Gedanke, daß die Ausdehnung eines Geschäftes dem Betrieb nicht den Charakter einer Fabrik gibt, findet sich auch in der Entscheidung der Regierung von Oberbayern vom 14.9.1902,² die einen Buchdruckereibetrieb mit 145 gelernten Setzern und Druckern als Handwerksbetrieb einstuft. Anderer Auffassung war das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 12.4.1904.³ In diesem Urteil wurde ein Ofeninstallationsbetrieb wegen seiner Größe als Fabrikbetrieb gewertet. Den Wendepunkt, und damit die Anerkennung von Großbetrieben als "Großhandwerk" stellt die Entscheidung des Preuß. OVG vom 8.12.1904⁴ dar. Zum ersten Male wird in der Rechtsprechung der entscheidende Satz aufgestellt,⁵ daß "nur Art und Weise des inneren Betriebes, die gesamten Betriebsverhältnisse, nicht aber der Umstand, daß das gewerbliche Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Großbetrieb erfordert, ... (maßgebend sind)."⁶ Das kann auch bei einem Großhandwerker zutreffen, so daß er deshalb nicht aufhört Handwerker zu sein."^{6.7} Abgelehnt wurde auch die Benützung bestimmter feststehender Beschäftigtenzahlen als Abgrenzungsmerkmale zwischen Handwerk und Fabrik.⁸ Der statische Handwerksbegriff war somit dem deutschen Recht schon damals und von jeher fremd.^{9.10} Bis zur Handwerksnovelle von 1929

1) Entscheidung vom 20.12.1901 GewA 03,490(491)

2) GewA 03,489(490)

3) GewA 05,270(271)

4) GewA 06,485(485 f); vgl. auch die Entscheidung des Oberpräsidenten der Provinz Schlesien vom Jahre 1909, abgedruckt in: Denkschrift des Deutschen Handwerks- und Gewerbekammertages, Die Entwicklung der Frage Fabrik und Handwerk, Hannover 1926 (zukünftig zitiert: Denkschrift 1926), S. 146

5) So Rohde, H., a.a.O., S. 63

6) GewA 06,485(487)

7) An diesem Grundsatz hat das PreußOVG dann in ständiger Rechtsprechung festgehalten (vgl. die angeführten Urteile bei Rohde, H., a.a.O., S. 63 und Britze, H.-H., a.a.O., S. 35)

8) Vgl. OLG Oldenburg v. 4.7.05 GewA 06,327(327)

9) So Fröhler, Monographie, S. 9. Vgl. auch Kreppner, Oskar, Handwerk oder Industrie - Zählen nur Kleinbetriebe zum Handwerk?, (zukünftig zitiert: Kreppner, Kleinbetriebe), GewA 65,49(49)

10) "statischer Handwerksbegriff" bedeutet hier die Beschränkung des Begriffes "Handwerksbetrieb" auf eine bestimmte Betriebsgröße

hat sich allgemein die Auffassung durchgesetzt, daß "Handwerksbetrieb ... nach der nunmehr herrschenden Anschauung nicht gleichbedeutend mit Kleinbetrieb"¹ ist. Nunmehr wurden Großbetriebe mit 145 Beschäftigten und einem Umsatz von 2 Millionen Reichsmark,² ja sogar mit 306 Beschäftigten³ im technischen Betriebsteil als Handwerksbetriebe anerkannt. Auch in der Rechtsprechung des Reichswirtschaftsgerichtes stellt der Betriebsumfang für sich allein betrachtet kein entscheidendes Merkmal eines Handwerks- oder Industriebetriebes dar.⁴ Feste Grenzen für die Zahl der beschäftigten Arbeitskräfte lassen sich nach damaliger Auffassung nicht ziehen, es wird vielmehr darauf abzustellen sein, ob diese Zahl diejenige anderer Betriebe gleicher Art wesentlich übersteigt. Bezüglich der Größe der Betriebsanlagen hebt das RWG hervor, daß das Handwerk im Zuge der fortschreitenden Wirtschaftsentwicklung gezwungen war, seine Betriebsräume zu vergrößern und technisch und wirtschaftlich zu verbessern.⁵ Auch im Hinblick auf die Größe der Produktion und die Höhe des Umsatzes geht das RWG von der Verschiedenartigkeit der einzelnen Gewerbebezüge aus, und untersucht dann, ob der einzelne Betrieb seiner Merkmale wegen noch zum Handwerk gerechnet werden kann.⁶ Der Kapitaleinsatz wird nicht gesondert berücksichtigt, da er sich in der Größe der Betriebsanlagen niederschlägt.⁷

1) Oberbayerisches Bezirksamt in S., Entscheidung vom 28.7.25, in: Denkschrift 1926, S. 142; ebenso Entscheidung des bayerischen Staatsministeriums für Handel und Gewerbe vom 30.10.1925, in: Denkschrift 1926, S. 126. Hans Markau (a.a.O., S. 40 ff) führt als Merkmal, welches zur Bestimmung des Handwerksbegriffes unbrauchbar ist, den Umfang des Betriebes an.

2) Vgl. Entscheidung des Oberpräsidenten der Provinz Brandenburg vom 22.1.22 betr. Möbeltischlerei, in: Denkschrift 1926, S. 135

3) Vgl. Protokoll v. d. 2. S. 22, in: Deutscher Handwerks- und Gewerbebekamertag (Hrsg.), Neue Entscheidungen deutscher Verwaltungsbehörden über die Zugehörigkeit gewerblicher Betriebe zur Handwerksorganisation, Hannover 1930 (zukünftig zitiert: Neue Entscheidungen), S. 15

4) Vgl. Richter, S. 9 und die dort zitierten Urteile sowie RWG v. 3.7.31 Richter, S. 46

5) Vgl. Schlitzer, W., a.a.O., S. 24; Weinbrenner, E., a.a.O., S. 77

6) Vgl. Schlitzer, W., a.a.O., S. 27

7) Vgl. Schlitzer, W., a.a.O., S. 26

Die eben aufgezeigte Entwicklung konnte auf die Begriffsbestimmung der Gegenwart nicht ohne Einfluß bleiben.

So besteht heute grundsätzlich die Auffassung, daß Größenmerkmale den strukturellen Charakter eines Gewerbebetriebes nicht umschreiben können.¹ Die Feststellung, daß Umsatz, Beschäftigtenzahl, Kapitalbedarf, Betriebsanlagen beim Handwerk klein, bei der Industrie aber groß seien, hat nämlich einen prinzipiellen Fehler: Nicht jeder Kleinbetrieb ist automatisch ein Handwerksbetrieb; genauso ist auch nicht jeder größere Betrieb gleich ein Industriebetrieb.² Es gibt eindeutig industrielle Kleinbetriebe und ebenso eindeutig handwerkliche Großbetriebe, womit die Relativität der Begriffe "Groß" und "Klein" evident ist. Durch diese Relativität würde die Zuordnung auch zu einer Beurteilung nach Gefühl führen.³ Den entscheidenden Hinweis darauf, daß Größenmerkmale bei Abgrenzungsfragen unwesentlich sind, liefert das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern vom 31.3.1953 (BGBl. I S.106).⁴ Der Gesetzgeber geht in seiner Begründung hierzu davon aus, daß zwischen Handwerk und Industrie keine grundsätzlichen Größenunterschiede existieren.⁵ Folgerichtig hebt er die bis dahin bestehende Diskriminierung des Handwerks, wie sie in § 4 HGB a.F. zum Ausdruck kam, auf und macht die Einstufung als Minderkaufmann nur mehr von Art und Umfang des Betriebes abhängig.⁶ (Weiter stellt die Betriebsform des Unternehmens von nun an ausdrücklich und zweifelsfrei das entscheidende Kriterium für die Zuteilung der Vollkaufmannseigenschaft nach § 1 Abs. 2 Z.2,9 HGB dar.) Der Gesetzgeber erkennt damit den Begriff des "Großhandwerkers" an. Da nun aber dieses

1) Vgl. statt vieler Britze, H.-H., a.a.O., S. 107; Reuss, Handwerksrecht, Anm. 2 zu § 1; VG Augsburg v. 20.7.73 GewA 74,24(25f)

2) So auch Britze, H.-H., a.a.O., S. 107 in Anlehnung an Krömer, E., a.a.O., BVBl. 57,257(257)

3) So Krömer, E., a.a.O., DVBl. 57,257(257)

4) Ausführlicher hierzu Britze, H.-H., a.a.O., S. 110 f m.w.N.

5) Vgl. Mündlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (23. Ausschuß) (Nr. 4047 der Drucksachen), in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, S. 12 075 f

6) Vgl. § 4 HGB

Gesetz leerlaufen würde, wollte man nicht auch im Gewerbe-recht den Großhandwerker anerkennen, so ergibt sich zwin-gend, daß die Betriebsgröße allein die Handwerkseigenschaft nicht ausschließt; handelsrechtlich kann nicht Handwerker sein, wer gewerberechtlich als Inhaber eines Industriebe-triebes einzustufen ist.

Literatur und Rechtsprechung sehen daher zu Recht Größen-merkmale wie Zahl der Beschäftigten, Höhe des Umsatzes, Ausdehnung der Werbung, Umfang des Absatzgebietes, Kapital-einsatz grundsätzlich als Kriterien minderer Bedeutung an.^{1.2} Zutreffend ist folglich in einer Reihe von Entscheidungen das Größenmerkmal bewußt in den Hintergrund gerückt und be-tonnt worden, daß der wesentliche Unterschied zwischen Hand-werk und Industrie an anderer Stelle liegen müsse.³

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt allerdings eine hier-von abweichende, zum Teil auch vom Gesetzgeber kritisierte Auffassung.⁴

Soweit ersichtlich, hat sich dieses Gericht erstmals in vier Urteilen vom 6.12.1963 zum Abgrenzungsproblem geäußert. Ge-genstand eines dieser Urteile ist die Handwerksrollen-Ein-

1) Vgl. Wernet, Handwerkspolitik, S. 194; Eyermann-Fröhler, Anm. 2 zu § 1; Hartmann, Philipp, a.a.O., Anm. 3 zu § 1; Schwindt, H., a.a.O., Anm. 10 zu § 1; Steffens, H., a.a.O., Anm. 2 L zu § 1; Fröhler, Abgrenzung, BB 57, 1127 (1127); Kreppner, Kleinbetriebe, GewA 65, 49 (49); Britze, H.-H., a.a.O., S. 107 ff; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 3 zu § 1; Siegert-Musielak, Anm. 30 zu § 1; Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 13 zu § 1; VG Koblenz v. 16.11.62 GewA 63, 81 (85); VG Hamburg v. 21.2.64 GewA 65, 11 (11); OVG Münster v. 11.3.64 GewA 64, 157 (157) OVG Berlin v. 29.9.65 GewA 66, 130 (130); VG Stuttgart v. 6.2.69 GewA 69, 109 (110) mit zustimmender Anm. Aberle, GewA 69, 162; die ältere Rechtsprechung siehe bei Britze, H.-H., a.a.O., S. 107 ff

2) Anders ist es dagegen in Ländern mit dem sog. formalen (oder auch statischen) Handwerksbegriff, der auf bestimm-te meßbare Merkmale größenmäßiger Art abstellt. So unter-liegen z.B. in Frankreich Betriebe dann der Eintragung in das Handwerksverzeichnis, wenn ein handwerksfähiges Gewerbe mit nicht mehr als 5 Lohnempfängern betrieben wird (vgl. Fröhler, Ludwig, Der Handwerksbegriff in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GewA 64, 145 ff)

3) So auch Kröner, E., a.a.O., DVbl. 57, 257 (257)

4) Vgl. Ausschlußbericht 1965, I 1 a

tragung eines Schuhreparaturbetriebes, der sich aus 18 Werkstätten in 10 verschiedenen Städten zusammensetzt und bei ungefähr 160 Beschäftigten einen Umsatz von 2 Millionen DM erwirtschaftet. Das BVerwG sah in diesem Betrieb mit folgender Begründung einen Industriebetrieb: "Nach herkömmlicher Auffassung unterscheidet sich der Industriebetrieb vom Handwerksbetrieb durch die stärkere Arbeitsteilung zwischen der leitenden Tätigkeit des Unternehmers und der technischen Tätigkeit der Gehilfen, durch die umfangreichere Verwendung von technischen Hilfsmitteln und durch den verhältnismäßig stärkeren Kapitaleinsatz. Nach diesen Kriterien ist ein Betrieb, der 155 bis 160 Arbeitskräfte bei einem Jahresumsatz von 2 Millionen DM beschäftigt, ein Industriebetrieb und kein Handwerksbetrieb."¹

Diesem Urteil kann aus folgenden Gründen nicht zugestimmt werden: Die aufgezählten Kriterien sind lückenhaft und anscheinend vom Gericht nicht entsprechend gewürdigt worden, denn das Urteil läßt eine Untersuchung über den Grad der Mechanisierung in diesen 18 Werkstätten vermissen.² Auch die Zusammensetzung des Personals (lt. Sachverhalt 65 % gelernte Schuhmacher !) findet keine Berücksichtigung. Allein auf die Betriebsgröße abzustellen erscheint in diesem Falle besonders abwegig, da 18 Handwerksbetriebe zusammengefaßt noch lange keinen Industriebetrieb ergeben.³ Denn sonst wäre folgende Schlußfolgerung möglich: Wer keinen Befähigungsnachweis besitzt, kann zwar nicht einen, auch nicht zwei Handwerksbetriebe errichten, er ist aber nicht gehindert, zehn Handwerksbetriebe der gleichen Art zu führen.⁴ Dies widerspricht aber der ratio der Handwerksordnung.

1) BVerwG v. 6.12.63 GewA 64,104(105)

2) Im Gegensatz hierzu stellt das Gericht in einem anderen Urteil vom gleichen Tag entscheidend auf den Grad der Mechanisierung ab (vgl. BVerwG v. 6.12.63 GewA 64,83).

3) Dieser Einwand ist auch gegenüber dem Urteil des VG Neustadt a.d. Weinstraße v. 17.9.70 GewA 71,9 zu machen

4) So Fröhler, Monographie, S. 57

Aus dieser Betrachtungsweise des Gerichtes kann nur auf die Ansicht Handwerksbetrieb = Kleinbetrieb geschlossen werden, was einem Rückfall in die Anschauungen und Realitäten um die Jahrhundertwende darstellt.¹

Wohin eine solche Meinung führen kann, zeigt das Urteil des BVerwG vom 17.4.1964.² Dort bezeichnet es eine Buchdruckerei, der ein Verlag angeschlossen ist, mit folgender Begründung als Industriebetrieb: "Schon die aus den Umsatzziffern und der Zahl der Beschäftigten ersichtliche Größe des Betriebes geht über den Rahmen eines handwerklichen Druckereibetriebes hinaus."³ Diese Auffassung ergibt sich nach Meinung des Gerichtes zwangsläufig aus dem Erfordernis des Großen Befähigungsnachweises: Diese Beschränkung der freien Berufswahl verliere dann ihren Sinn und sei deshalb auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten dann nicht mehr vertretbar, wenn der Betriebsinhaber angesichts des Umfangs seines Betriebes nicht mehr in der Lage sei, seine fachlichen Kenntnisse und Fertigkeiten wenigstens durch Überwachung des technischen Betriebsablaufes wirksam werden zu lassen.⁴ Im graphischen Gewerbe liegt diese Grenze nach Meinung des Gerichtes bei 25 (!) Personen. Auch dieser Ansicht, die sich dann in ständiger Rechtsprechung des BVerwG ausdrückt,⁵ kann in dieser krassen Form nicht gefolgt werden. Zunächst ist in diesem Urteil mit 25 Personen bzw. im Urteil vom 12.2.1965⁶ mit ungefähr 200 Beschäftigten die "typische Durchformungsgrenze entschieden zu niedrig angesetzt".⁶

Die Entscheidung bezüglich des Druckereibetriebes übersieht, daß sich der Produktionsprozeß in der Regel in einem oder

1) Die hier vorgetragene Kritik lehnt sich eng an die zutreffende - ablehnende - Besprechung der Urteile des BVerwG durch Fröhler an (vgl. Fröhler, Ludwig, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, GewA 65,145)

2) GewA 64,248 ff

3) GewA 64,248(249)

4) BVerwG v. 17.4.64 GewA 64,248(249)

5) Vgl. BVerwG v. 12.2.65 GewA 65,163 = BVerwGE 20,263; v. 22.5.64 GewA 64,279 = DVBl. 64,995; v. 16.9.66 GewA 67,109

6) Vgl. Honig, Handwerksbetrieb, JuS 66,436(437); Fröhler, Monographie, S. 59

allenfalls in mehreren Räumen konzentriert, wodurch der Geschäftsinhaber durchaus in der Lage ist, das Betriebsgeschehen individuell zu gestalten und erst recht durch die geringe Ausbreitung zu überschauen und zu überwachen. Diese Überschaubarkeit und Überwachungsmöglichkeit ist auch im Baugewerbe bei 200 Beschäftigten zweifellos noch gegeben, denn jeder auch nur einigermaßen konkurrenzfähige Bauunternehmer ist objektiv in der Lage, seine wenn auch zahlreichen örtlich auseinanderliegenden Baustellen täglich, wenn es sein muß noch öfters, aufzusuchen, die Arbeiten zu überwachen,¹ damit seinem Betrieb durch sein persönliches Können das Gepräge zu geben, und dadurch die notwendige Gewähr für die Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks, die eine Einschränkung der freien Berufswahl durch die Regelungen der Handwerksordnung rechtfertigt, zu bieten. Zudem geht die Argumentation mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Großen Befähigungsnachweises am Kern der Sache vorbei, denn sie stellt sich als Schluß von der Rechtsfolge auf den Sachverhalt dar. Richtiger scheint es dagegen zu sein, den Betrieb danach zu untersuchen, ob er sich in seinem Gesamterscheinungsbild, in seiner Gesamtstruktur, nach wirtschaftlich-technischen und soziologischen Kriterien als Handwerksbetrieb darstellt oder nicht.² Trifft ersteres zu, dann muß der Inhaber den Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle genügen.

Größenmerkmalen kommt bei der rechtlichen Qualifizierung von Gewerbebetrieben nur mindere Bedeutung zu: Ein Unternehmen kann zwar bereits durch seine Größe die Grenze des Handwerks allgemein oder des einschlägigen Handwerks überschritten haben, dann werden aber auch andere Merkmale, die die Gesamtstruktur besser kennzeichnen auf das Vorliegen eines Industriebetriebes hinweisen. Allein wegen der Größe kann der handwerkliche Charakter eines Betriebes nicht abgelehnt werden, es müssen vielmehr noch weitere Indizien hinzutreten.

1) Vgl. Fröhler, Monographie, S. 60; Honig, Handwerksbetrieb, S. 45 (43); Schmidt, A., Neue Linie bei der Abgrenzung Industrie/Handwerk?, GewA 67, 6(8)

2) Vgl. Fröhler, Ludwig, Anmerkung zu BVerwG v. 16.9.66, in: GewA 67, 111(112); Fröhler, Monographie, S. 56; Fröhler, Teilhandwerk, S. 16. Kritisch zu dieser Überschaubarkeitsthese äußert sich auch Dannbeck (vgl. Dannbeck, Siegmund, Nochmals: Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, GewA 72, 61(62))

235. Die Bedeutung der Art der Produktionsweise

Der Art der Produktionsweise kommt zur Bestimmung der Gesamtstruktur eines Betriebes das entscheidende Gewicht zu, denn diese läßt jene Struktur am deutlichsten werden.¹ Gebildet wird dieser Merkmalsbereich aus den Kriterien Arbeitsteilung, Maschineneinsatz, Serien- oder Einzelfertigung sowie Vorbildung, Fertigkeiten und Kenntnisse der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer.

Waren um die Jahrhundertwende in Handwerksbetrieben fast ausschließlich gelernte Handwerker mit mehrjähriger Ausbildung tätig und daher das Fehlen einer vertikalen und auch horizontalen Arbeitsteilung typisch für den Handwerksbetrieb, waren also Gesellen wie Betriebsinhaber in der Regel an der Fertigung von Anfang bis Ende beteiligt, so wurde auch in der Rechtsprechung bald anerkannt, daß es im Handwerk aus Rationalisierungsgründen Arbeitsteilung geben kann und sogar geben muß. Abgelehnt wurde aber weiterhin eine überwiegende Arbeitsteilung im technischen, fabrikmäßigen Sinn.² Sehr schön relativiert das thüringische Ministerium für Inneres und Wirtschaft, Abt. Wirtschaft, unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung des Handwerks in seiner Entscheidung vom 3.12.1925. Es führt aus, daß die Einführung der Arbeitsteilung nicht ausreiche, um aus einem Betrieb eine Fabrik zu machen, da in jedem gut geleiteten größeren Handwerksbetrieb neuerdings in gewissem Umfange Arbeitsteilung anzutreffen sei, und der betreffende Betrieb nach dem Grade der Arbeitsteilung nicht über diese Notwendigkeit hinausgehe.³

1) Ebenso Meyer-Hentschel, G., a.a.O., NJW 58,1321(1322); Kreppner, Kleinbetriebe, GewA 65,49(50); DVerwG v.6.12.63 GewA 64,83(84); v. 6.12.63 GewA 64,108(108ff); v.17.4.64 GewA 64,249(251); v. 22.5.64 GewA 64,279(279ff); BayVGH v. 21.11.74 GewA 75,90(91)

2) Vgl. SächsOVG v. 20.5.04 GewA 05,491(492) und vom 3.12.04 GewA 06,323(324)

3) E v. 3.12.25 Denkschrift 1926, S. 144; vgl. auch die Entscheidung der Kreishauptmannschaft Bautzen v. 20.5.26 Denkschrift 1926, S. 120 und die Entscheidung des bayerischen Staatsministeriums für Handel und Gewerbe vom 30.10.25 Denkschrift 1926, S. 126

Für die Abgrenzung kommt es auch heute nur auf die Art und das Ausmaß der Arbeitsteilung an; im Prinzip wird sie für Handwerksbetriebe anerkannt.¹ Entscheidend ist, ob die in den einzelnen Stufen verrichtete Arbeit noch die wesentlichen und typischen Grundkenntnisse und Fertigkeiten des gerade in Frage stehenden Handwerks erfordert.² Ist die Arbeitsteilung dagegen soweit fortgeschritten, daß die im Betrieb zu leistenden Arbeiten in einem Maße unter die dort Beschäftigten aufgeteilt werden, daß jeder einzelne Arbeitnehmer stets nur bestimmte, in der Regel immer wiederkehrende und engbegrenzte Teilarbeiten zu verrichten hat, so spricht dies gegen eine handwerksmäßige Betriebsweise.³ Es bedarf hier also keiner näheren Erörterung, daß Fließbandarbeit, bei der die einzelnen Arbeitsvorgänge sich auf einige wenige Handgriffe beschränken, mit einer handwerksmäßigen Arbeitsweise nicht mehr zu vereinbaren ist.⁴

Neben diesem Verständnis von Arbeitsteilung, bei dem der Begriff allein auf den technischen Bereich bezogen wird, kann hierunter auch die Trennung in kaufmännische und technische Betriebsabteilungen gemeint sein.

Zu Beginn des Jahrhunderts konnte wegen der leichten Überschaubarkeit die betriebswirtschaftliche Seite im Hintergrund stehen. Kaufmännische Einrichtungen wie Buchführung, Kalkulationsrechnung und kaufmännische Angestellte erübrigten sich. Die Abkehr von dieser Auffassung brachte das

1) Vgl. BVerwG v. 17.4.64 GewA 64,249; v. 22.5.64 GewA 64, 279(280); VGH Bad.-W. v. 9.12.64 GewA 66,62(62f); OVG Berlin v. 29.9.65 GewA 66,130(130)

2) Vgl. Britze, H.-H., a.a.O., S. 119 mit Urteilsnachweisen

3) Vgl. BVerwG v. 6.12.63 GewA 64,249(251); so auch Honig, Handwerksbetrieb, JuS 66,436(439) und Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 16 zu § 1; vgl. auch VG Bayreuth v. 11.8.65 GewA 66,106(108), es erscheint hier aber sehr fraglich, ob allein auf Grund der charakteristischen Arbeitszerlegung auf einen industriellen Betrieb geschlossen werden kann; hierin erschöpft sich keinesfalls die Gesamtstruktur eines Unternehmens

4) So auch Fröhler, Abgrenzung, BB 57,1127(1127)

Urteil des Preuß OVG vom 8.12.1904.¹ Das Gericht führt in seiner Entscheidung aus, daß nicht das aus Art und Umfang des Unternehmens entspringende Erfordernis der kaufmännischen Einrichtung, sondern vielmehr die innere Struktur, d.h. die Art und Weise des inneren Betriebes für die Klassifizierung eines Betriebes maßgeblich sei. Damit wurde anerkannt, daß die Notwendigkeit einer kaufmännischen Geschäftsführung der Handwerkseigenschaft eines Betriebes nicht entgegensteht.² Auch das RWG bringt immer wieder zum Ausdruck, daß das Handwerk sich ebenfalls kaufmännischer Einrichtungen bedienen müsse, um mit der wirtschaftlichen Entwicklung Schritt halten zu können.³ Nach der Rechtsauffassung dieses Gerichtes widerspricht ein hoher Umsatz und damit die Notwendigkeit einer kaufmännischen Abteilung mit doppelter Buchführung, der zeitweiligen Beschäftigung eines Bücherrevisors, der Unterhaltung von Bankverbindungen (Scheck- und Wechselverkehr) und der Beschäftigung kaufmännischer Angestellter nicht dem handwerklichen Charakter eines Betriebes.⁴

Die neuere Rechtsprechung ist bezüglich dieses Kriteriums sehr dürftig. Dies wird aber darauf zurückzuführen sein, daß sich als selbstverständlich die Erkenntnis durchgesetzt hat, daß der handwerkliche (Groß-)Betrieb aus Wettbewerbsgründen "betriebs- und personaltechnische Funktionstrennungen"⁵ durchzuführen hat, um durch eine klare Gliederung in kaufmännisch-organisatorischen und technischen Bereich mit jeweils eigenen Aufgaben eine optimale Ausnutzung vorhandener oder zu schaffender Kapazitäten zu erzielen. Wo diese Entwicklung gezeugnet wird, scheint man noch immer

1) GewA 06,485(485) a.A. noch RG v. 12.4.04 GewA 05, 270(271)

2) Vgl. PreußOVG v. 30.1.13 OVG 66,383(386); Entscheidung des thüringischen Ministeriums für Inneres und Wirtschaft, Abt. Wirtschaft, v. 4.1.26 Denkschrift 1926, S. 89

3) Zur diesbezüglichen Rechtsprechung vgl. Schlitzer, W., a.a.O., S. 29

4) Vgl. Schlitzer, W., a.a.O., S. 30 mit Urteilsnachweisen

5) Aberle, Hans-Jürgen, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie im Maschinenbaugewerbe, GewA 70,156(157)

das Bild des mit wenig Hilfskräften arbeitenden und technisch vielfach unvollkommen ausgestatteten Handwerksbetriebes vor Augen zu haben, also in einer statischen Betrachtungsweise verhaftet zu sein. Welche Bedeutung den betriebswirtschaftlichen Einrichtungen in Kreisen des Handwerks zugemessen wird, zeigt sich auch bei den Bemühungen der Handwerksorganisationen der verschiedenen Ebenen diese Betriebsfunktionen aus den Betrieben auszugliedern und über Datenverarbeitungs-
maschinen zentral durchführen zu lassen. Die Zeit der Bedeutungslosigkeit der kaufmännischen Einrichtung in Handwerksbetrieben ist damit endgültig vorüber, wenn diese Entwicklung auch manchmal übersehen bzw. negiert wird.¹

Ausgehend von der sprachlichen Bedeutung des Begriffes "Handwerk" wird der Handwerksbetrieb um 1900 entweder durch das völlige Fehlen von Maschinen oder allenfalls durch den Einsatz einfacher Maschinen in geringem Umfang gekennzeichnet. Diese dienen lediglich als Hilfsmittel; sie sollen die Produktion erleichtern und beschleunigen, die manuelle Arbeit jedoch nicht verdrängen. Die Abkehr von dieser am Manuellen orientierten Auffassung vom Handwerksbetrieb (Handwerk im Sinne der sprachlichen Bedeutung) vollzieht sich um die Jahrhundertwende und zwar zunächst "in der in wirtschaftlichen Fragen sonst meist konservativen Rechtsprechung des Reichsgerichtes."² Das RG relativiert dahingehend, daß es einen Betrieb als Fabrikbetrieb ansieht, wenn jener hauptsächlich auf Maschinenarbeit beruht.³ Damit geht in die Entscheidungen der Wandel in den Handwerksbetrieben ein; der Rechtsbegriff "Handwerk" wird der jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Situation des (konkreten) Handwerks angepaßt (= dynamische Betrachtungsweise).⁴ Diese Art der Interpretation ist

- 1) Die kaufmännische Einrichtung bejaht: OVG Münster v. 11.3.64 GewA 64,157(161). (In der Revision hierzu nimmt das BVerwG in seiner Entscheidung v. 12.2.65 Gew 65,163 bzgl. dieses Kriteriums keine Stellung.) OVG Berlin v. 29.9.65 GewA 66, 130(131f) a.A. OVG Koblenz v. 19.3.69 GewA 69,254(255) mit ablehnender Anmerkung Aberte GewA 70,156(157)
- 2) Fröhler, Monographie, S. 11
- 3) Vgl. Fröhler, Monographie, S. 12; OLG Oldenburg v. 4.2.05 GewA 06,326(328)
- 4) Vgl. OLG Oldenburg v. 4.2.05 GewA 06,326(326); OLG Dresden v. 27.7.05 GewA 06,481(482)

damit für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale "Handwerksfähigkeit" (Auslegung der Berufsbilder) - wie oben ausgeführt - und "Handwerksmäßigkeit" anerkannt. Die Anpassung der Betrachtungsweise an die fortschreitende, sich verstärkende Mechanisierung der Handwerksbetriebe läßt sich auch in der Folgezeit feststellen. So heißt es in einer Entscheidung des Regierungspräsidenten zu Kassel vom 11.3.25: "Der Maschinenpark unterscheidet sich nicht wesentlich von der Einrichtung anderer größerer, unbestritten als Handwerksbetriebe geltende Schreinereien",¹ und dann folgen - in Beachtung dynamischer Betrachtungsweise - zwei entscheidende Sätze: "Eine moderne Möbelschreinerei ohne Maschinen und ohne mechanischen Antrieb gibt es nicht. Sie würde ohne diese Hilfsmittel gar nicht wettbewerbsfähig sein."¹ Diese dynamische Interpretationsweise führt in der Rechtsprechung des RWG dann zu einer Vertiefung der Argumentation.² So wird etwa in dem Urteil vom 14.10.32 ausgeführt: "Was sodann die maschinelle Ausrüstung des Betriebes betrifft, so ist die Zahl der Maschinen schon an sich kein unbedingter Beweis für das Vorliegen eines Fabrikbetriebes; denn auch die kleineren Bäckereien, an deren Handwerksmäßigkeit keine Zweifel bestehen, verwenden heute in zunehmendem Maße Maschinen, und eine größere Anzahl gleichartiger Maschinen verändert nicht die Wesensart, sondern nur den Umfang des Betriebes".³ Wenn dagegen die gelernten Handwerker nur mehr die nach Anweisung des Betriebsleiters eingestellten Maschinen zu bedienen hatten, lag kein Hand-

1) E v. 11.3.25 Denkschrift 1926, S. 138; vgl. auch die mit der Zeit gehende Entscheidung des Oberpräsidenten der Provinz Ostpreußen v. 11.8.25 Denkschrift 1926, S. 175; der fortschreitenden Mechanisierung wird weiter in der Entscheidung des Regierungspräsidenten von Kassel v. 29.10.25 Denkschrift 1926, S. 74, Rechnung getragen; sehr instruktiv auch die Entscheidung des Oberpräsidenten der Provinz Ostpreußen v. 24.4.25 Denkschrift 1926, S. 118; vgl. schließlich die Entscheidung des Badischen Landesgewerbeamtes v. 19.3.29 Neue Entscheidungen, S. 14

2) Vgl. RWG v. 3.7.31 Richter, S. 47

3) RWG v. 14.10.32 Richter, S. 54; vgl. auch RWG v. 11.12.31 Richter, S. 62

werksbetrieb mehr vor, da hier die Maschinen nicht lediglich zur Unterstützung bei fachhandwerklichen Leistungen dienten.¹ Der Einsatz von Maschinen und sonstigen mechanischen Hilfsmitteln sprach also bereits damals nicht unbedingt für die Annahme eines Industriebetriebes;² die Grenze lag dort, wo das Fertigungsprodukt im wesentlichen durch die Maschinenarbeit seine Prägung erhielt.³

Auch die heutige Rechtsprechung geht in weitgehender Übereinstimmung davon aus, daß der Einsatz von Maschinen der Handwerkseigenschaft eines Betriebes nicht widerspricht.⁴ Damit werden der in den Nachkriegsjahren bestehende Arbeitskräftemangel und die dadurch entstehenden Wettbewerbsnachteile (wegen der ungünstigeren Kostenstruktur) des Handwerks anerkannt. Allein die Verwendung von Maschinen zieht eine handwerksmäßige Betriebsweise also nicht in Zweifel.⁵ Eine Grenze findet der Mechanisierungsgrad in Handwerksbetrieben dort, wo die Verwendung von Maschinen nicht mehr nur dazu dient, die Handarbeit zu unterstützen, sie insbesondere zu erleichtern und zu beschleunigen; gegen eine handwerksmäßige Betriebsweise spricht es, wenn die Handarbeit und Handfertigkeit durch Verwendung technischer Hilfsmittel ersetzt werden kann, die handwerklich ausgebildeten Arbeitskräfte damit entbehrlich werden, gleichwohl die Qualität des Arbeitsproduktes jedoch nicht sinkt.⁶ Die Verwendung von Maschinen muß somit der Entfaltung der Handfertigkeit Raum lassen,⁷ die Handarbeit darf in ihrer Bedeutung nicht hinter dem Einsatz technischer Hilfsmittel

1) Vgl. RWG v. 3.6.32 Richter, S. 42; v. 9.10.31 Richter, S. 118, v. 4.7.32 Richter, S. 152

2) Vgl. RWG v. 11.12.31 Richter, S. 62; ständige Rechtsprechung

3) Vgl. Schlitzer, W., a.a.O., S. 33; Rohde, H., a.a.O., S. 70

4) A.A. Krömer, E., a.a.O., DVBl. 57, 257(262)

5) Vgl. VG Hamburg v. 21.2.64 GewA 65, 11(12); OLG Hamm v. 13.6.66 GewA 67, 25(36) a.A. HessVGH v. 17.5.61 GewA 62, 152(154) mit ablehnender Anmerkung von Fröhler

6) Vgl. BVerwG v. 6.12.63 GewA 64, 83(84); v. 6.12.63 GewA 64, 105(106); v. 6.12.63 GewA 64, 108(108); v. 22.5.64 GewA 64, 279(280); v. 12.2.65 GewA 65, 163(164); OVG Koblenz v. 19.3.69 GewA 69, 254(256); st. Rspr.

7) Vgl. BVerwG v. 6.12.63 GewA 64, 105(106); v. 6.12.63 GewA 64, 108(108); VGH Bad.-W. v. 9.12.64 GewA 66, 62(62)

zurücktreten.' Wo somit die Bedienung der Maschine dasjenige ist, was erlernt werden muß, hört der Begriff des Handwerks auf.²

Um die Jahrhundertwende wird im handwerklichen Betrieb mit Ausnahme gewisser Nahrungsmittelgewerbe überwiegend auf Bestellung in Einzelfertigung produziert; Vorratsfertigung und Serienfertigung sind sehr selten. Aber auch hier bahnt sich bereits vor dem 1. Weltkrieg ein allgemeiner Wandel an; den Merkmalspaaren Individualarbeit auf Bestellung und Serienfertigung auf Vorrat kommt bereits in dieser Zeitperiode keine entscheidende Bedeutung für die Abgrenzungsfrage mehr zu.³ In einer Entscheidung des Regierungspräsidenten zu Kassel vom 11.3.1925 wird zur Serienherstellung ausgeführt, daß in einer Möbelfabrik ganz bestimmte Möbelstücke oder Zimmereinrichtungen nach Schablone in Massen auf Vorrat und nur für Wiederverkäufer hergestellt werden, während für den Handwerksbetrieb typisch die Herstellung der Möbelteile durch handwerksmäßig ausgebildete Tischler sei, und die Zusammenfügung auch von diesen übernommen würde.⁴ Auch nach der Rechtsprechung des RWG ist dem Handwerk die Serienfertigung keinesfalls fremd. Dieses Gericht begründet seine Auffassung damit, daß auch das Handwerk aus Gründen der Selbsterhaltung mit der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung habe Schritt halten und sich neuzeitlichen Herstellungs- und Betriebsformen habe zuwenden müssen.⁵ Serienfertigung vermochte ebenso wie Vorratsfertigung den Charakter eines Handwerksbetriebes nicht aufzuheben.⁶

1) Vgl. BVerwG v. 6.12.63 GewA 34,83(84)

2) Vgl. OLG Köln v. 23.2.56 NJW 56,758(759); OVG Münster v. 15.3.57 GewA 57,83(84); sehr großzügig VG Köln v. 21.12.72 GewA 73,131(131)

3) Vgl. RG v. 11.3.01 GewA 02,734(735); RGSt. v. 30.12.02 GewA 03,698(698); SachsOVG v. 1.11.09 GewA 11,314(314) a.A. Entscheidung des Regierungspräsidenten zu Wiesbaden vom 12.6.11 Denkschrift 1926, S. 96: "gerade die rein individuelle Bedienung jedes einzelnen Kunden ist eine besondere Stärke der Firma, dies ist zugleich aber auch ein ausschlaggebendes Merkmal des Handwerks"

4) E v. 11.3.25 Denkschrift 1926, S. 138

5) Vgl. RWG v. 31.3.33 Richter, S. 157; v. 25.10.31 Richter, S. 170; v. 13.5.32 Richter, S. 178; v. 4.7.32 Richter, S. 152; v. 15.2.34 Richter, S. 6,180

6) Vgl. RWG v. 11.7.32 Richter, S. 42; RWG v. 4.7.32 Richter, S. 152; RWG v. 7.7.33 Richter, S. 70; ständige Rechtspr.

Schließt man sich der vorgetragenen Auffassung an, daß das Handwerk sich dem technischen und wirtschaftlichen Fortschritt angepaßt hat und noch laufend anpaßt,¹ so wird man nicht umhin können, beim Handwerksbetrieb ebenfalls Serienfertigung zuzulassen.² So hat sich denn auch eine in diese Richtung gehende herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung herausgebildet.³ Zuzustimmen wird dem BVerwG sein, wenn es dahingehend relativiert, daß es in der Industrie keineswegs durchweg Massenherstellung gibt, sondern auch dort in vielen Zweigen in Einzelfertigung gearbeitet wird, während umgekehrt in einigen Sparten des Handwerks auch größere Mengen gleichartiger Gegenstände hergestellt werden.⁴ Für das graphische Gewerbe hat das BVerwG in einem Urteil vom 17.4.64 GewA 64,249 festgestellt, daß dieses Kriterium kein ohne weiteres geeignetes Abgrenzungsmerkmal sei, da die Vervielfältigung eines Schriftstückes seit den Anfängen des Druckwesens dessen Sinn und Wesen darstellt, und damit allein aus der Auflagenziffer eines Druckvorganges nicht auf eine industrielle Betriebsweise geschlossen werden könne. Vielmehr lasse sich in aus Gründen der Wettbewerbsfähigkeit mechanisierten Druckereien nur aus dem Grade dieser Mechanisierung eine Abgrenzung gewinnen. Es wird daher wesentlich sein, darauf zu achten, ob die Produktion z.B. nur auf die serienweise Fertigung

-
- 1) Vgl. auch Wernet, Handwerksgeschichte, S. 75
 - 2) A.A. Krömer, E., a.a.O., DVBl. 57,257(262), der in seiner gesamten Betrachtungsweise den Handwerksbegriff auf die Produktionsweise des 18./19. Jahrhunderts beschränkt wissen will, so wohl auch Reuss, Handwerksrecht, S. 648: "Überwiegend Einzelfertigung, keine Serienfertigung".
 - 3) Vgl. Fröhler, Abgrenzung, BB 57,1127(1129); Britze, H.-H., a.a.O., S. 116; Honig, Handwerksbetrieb, JuS 66,436(440); so wohl auch Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 18 zu § 1; BVerwG v. 17.4.64 GewA 64,248(249): "im graphischen Gewerbe ist das Kriterium der Serienfertigung kein ohne weiteres geeignetes Abgrenzungsmerkmal"; BVerwG v. 17.4.64 GewA 64,249(251); OVG Berlin v. 29.9.65 GewA 66,130(132); VG Stuttgart v. 6.2.69 GewA 69,109(110); OVG Lüneburg v. 16.7.59 GewA 61,209(210) a.A. OVG Berlin v. 27.5.57 GewA 57,107(107); Eyermann-Fröhler, Anm. 2a zu § 1, diese Meinung dürfte zwischenzeitlich als geändert gelten (vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 18 zu § 1 und noch stärker beim Mitherausgeber, Honig, Handwerksbetrieb, JuS 66,436(440))
 - 4) Vgl. BVerwG v. 17.4.64 GewA 64,249(251)

von Stühlen, Schulschränken, Flurgarderober spezialisiert wurde, wobei das oben behandelte Problem der Teilhandwerke auftritt, oder ob die in den entsprechenden Berufsbildern aufgeführten Kenntnisse und Fertigkeiten im Rahmen des Betriebes notwendig sind oder nicht. Im übrigen soll auch hier wieder darauf hingewiesen werden, daß dieses "Abgrenzungs"kriterium ebenfalls nur ein Steinchen im Mosaik der Betriebscharakterisierung darstellt.

Da nun die Serienfertigung in der zeitlichen Entwicklung als Abgrenzungskriterium ihre Bedeutung verloren hat, gilt dies auch (notwendigerweise) für die Einzelfertigung. Diese kann, wie oben bereits ausgeführt, nicht mehr als für das Handwerk typisches Handwerk bezeichnet werden. Gleiches gilt für das Merkmal der Individualleistung, d.h. der Fertigung für eine bestimmte Person auf Bestellung.¹ Beide Merkmale bilden also kein Erfordernis für die Annahme eines Handwerksbetriebes.² Eng verbunden mit der Serienfertigung³ bzw. Massenfertigung³ ist eine gewisse Vorratswirtschaft, denn es läßt sich wohl nicht immer so einrichten, daß die gesamte Produktion sofort abgesetzt werden kann. Produktion auf Vorrat wie auch Fertigung auf Bestellung können aber auch nicht als für Industrie oder Handwerk typisch bezeichnet werden, womit sie keine wesentlichen Kriterien mehr darstellen.⁴ Würde man Fertigung auf Vorrat als mit dem Handwerk unvereinbar bezeichnen, dann wären eindeutig handwerklich arbeitende Betriebe des Nahrungsmittelgewerbes, des Bekleidungsgewerbes und des Holzgewerbes aus diesem Bereich auszugliedern, was wohl der Auffassung vom Handwerk widersprechen würde.

Um die Jahrhundertwende waren in Handwerksbetrieben fast ausschließlich gelernte Handwerker mit mehrjähriger Ausbildung tätig. Bereits vor dem 1. Weltkrieg entschieden Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, angesichts der Entwicklung handwerklicher Großbetriebe, die es mit sich brachte,

1) Vgl. VG Gelsenkirchen v. 6.12.63 GewA 65,250(250)
a.A. Mellerowicz, K., a.a.O., S. 70; OLG Karlsruhe v.
6.9.61 GewA 62,95(95)

2) Vgl. Britze, H.-H., a.a.O., S. 117 mit Urteilsnachweisen

3) Zum Unterschied siehe Mellerowicz, K., a.a.O., S. 77

4) Vgl. Honig, Handwerksbetrieb, JuS 66,436(440); Eyermann-
Fröhler-Honig 1973, Anm. 18 zu § 1; BVerwG v. 17.4.64
GewA 64,249(251)

daß zur Erledigung einfacher und unkomplizierter Teiltätigkeiten in steigendem Maße ungelernte bzw. angelernte Hilfskräfte eingesetzt wurden, danach, ob in einem Betrieb überwiegend handwerklich ausgebildete Fachkräfte tätig waren oder nicht;¹ der Schwerpunkt der eigentlichen Arbeitsleistung sollte im Handwerksbetrieb bei handwerklich ausgebildeten Fachkräften liegen.² Diese Auffassung findet sich auch in der Rechtsprechung des RWG.³

War demnach in früheren Zeiten das Merkmal des Dreiklangs von Meister, Gesellen und Lehrlingen bzw. der engen Verbundenheit aller im Betrieb Beschäftigten typisch für den Handwerksbetrieb und konnte man daraus auf eine gleiche Ausbildung der Genannten schließen,⁴ so trifft dies für den heutigen Handwerksbetrieb nicht mehr in dieser Form zu. Es ist zwar auch heute noch ein Anzeichen für eine handwerksmäßige Betriebsweise, wenn ausschließlich handwerksmäßig geschulte Arbeitskräfte beschäftigt werden, jedoch kann hieraus noch nicht mit Sicherheit die industrielle Betriebsweise ausgeschlossen werden, denn auch dort werden solche Arbeitskräfte benötigt und beschäftigt.⁵ Entscheidend wird sein, ob und in welchem Umfang der Einsatz derart fachlich qualifizierter Arbeitskräfte erforderlich ist, um die in dem Betrieb anfallenden Arbeiten fach- und werkgerecht ausführen zu können.⁶ Es wird somit darauf abgestellt, ob die in handwerklicher Schulung erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten, die auf eine "qualifizierte Handarbeit" (BVerwG)⁷ schließen lassen, in der täglichen spezifischen Betriebspraxis notwendig sind oder nicht.⁷ Die entscheidende

1) Vgl. Entscheidung des Regierungspräsidenten von Schleswig v. 13.12.06 GewA 12,292(295)

2) So Fröhler, Monographie, S. 10

3) Vgl. RWG v. 3.7.31 Richter, S. 46 f

4) Vgl. Hartmann-Philipp, a.a.O., S. 104

5) Vgl. BVerwG v. 17.4.64 GewA 64,249(251) und in Anlehnung hieran Honig, Handwerksbetrieb, JuS 66,436(439); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 15 zu § 1

6) Wie Anm. 2

7) Vgl. BVerwG v. 6.12.63 GewA 64,83(84)

Frage geht also dahin, ob die ordnungsgemäße Ausübung des Handwerks Kenntnisse und Fertigkeiten voraussetzt, die nur durch theoretische und praktische Schulung zu erwerben sind.¹ Können die Arbeiten dagegen in vollem Umfange auch durch ungelernte oder kurzfristig angelernte Arbeitskräfte sachgemäß vorgenommen werden, so spricht dies gegen die Handwerksmäßigkeit.² Mit anderen Worten, in den Schwerpunkten eines Handwerksbetriebes muß eine Auswechsellmöglichkeit der Kräfte gegeben sein.³

An dieser Stelle soll auch auf die Ausführungen von Winter eingegangen werden, der die Beschäftigung von Ingenieuren und Akademikern als Merkmal (Indiz) industrieller Tätigkeit sieht.⁴ In dieser generellen Form kann ihm nicht zugestimmt werden. Es ist zwar richtig, daß der geltende Handwerksbegriff nur solche Betriebe umfaßt, zu deren Leitung ein Meister mit den in seinem Handwerk typischen Kenntnissen in der Lage ist.⁵ Jedoch darf hierbei nicht außer acht gelassen werden, daß die Anforderungen in der Meisterprüfung mit der Zeit einer Verlagerung auf den allgemein- und fachtheoretischen Teil unterlagen. So weist Kreppner darauf hin, daß z.B. der Maurer in der Meisterprüfung Kenntnisse in der Entwurfsbearbeitung, Vermessungskunde, Baugrundkunde, Preisermittlung, Bauvergebung, Bau- und Baupolizeirecht nachweisen muß, also Kenntnisse, die sich nicht mehr wesentlich von denjenigen eines Bauingenieurs unterscheiden.⁶

Entscheidend wird daher sein, ob die Leistungen des Betriebes insgesamt über die in der Handwerksmeisterprüfung nach heutigem Niveau verlangten Kenntnisse und Fertigkeiten hinausgehen, also das theoretisch-konstruktive Element die praktisch ausführende Arbeit überwiegt.⁷ Die Beschäftigung

1) So, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, BVerwG v. 6.12.63 GewA 64,105(106)

2) Vgl. BVerwG v. 6.12.63 GewA 64,108(109)

3) Vgl. Britze, H.-H., a.a.O., S. 129; VG Augsburg v. 20.7.73 GewA 74,24(28)

4) Vgl. Winter, Franz, Handwerk oder Industrie - Vernachlässigte Aspekte der Abgrenzung, GewA 65,1(3)

5) So Winter, Fr., a.a.O., GewA 65,1(3)

6) Vgl. Kreppner, Kleinbetriebe, GewA 65,49(52)

7) Vgl. Krömer, E., a.a.O., DVBl. 57,257(260); Britze, H.-H., a.a.O., S. 115, beide mit Urteilsnachweisen; Winter, Fr., a.a.O., GewA 65,1(3); Kreppner, Kleinbetriebe, GewA 65,49(52)

von Ingenieuren und Akademikern kann somit allein keine industrielle Betriebsweise begründen. Dies erscheint auch deshalb als richtig, da sonst durch die willkürliche Anstellung von hochqualifizierten Kräften die Forderungen der Handwerksordnung umgangen werden könnten. Es wird also vielmehr darauf abzustellen sein, ob die auszuführenden Leistungen nur mit Hilfe von Ingenieuren oder Akademikern durchgeführt werden können. Wo das der Fall ist, deutet dies auf eine nicht mehr handwerkliche Betriebsform hin.¹ Allerdings bedarf auch diese Aussage noch einer Einschränkung: Wird z.B. einem Fertigungsbetrieb, in dem keine Personen mit höherer Ausbildung beschäftigt werden, ein "Ingenieurbüro" (= Konstruktionsbüro) angegliedert, wobei der ursprüngliche Betrieb aber auch ohne diese "Abteilung" weiter bestehen könnte, so ist dies ohne Einfluß auf die Struktur des Betriebes und damit auf dessen Zuordnung zum Handwerk oder zur Industrie.² Dies gilt aber - was ausdrücklich festgestellt werden soll - nur dort, wo eine gewisse Trennung in zwei Betriebe möglich ist, womit das später noch zu behandelnde Problem des Neben- oder Hilfsbetriebes angesprochen wird.

234. Die Bedeutung geschichtlicher, soziologischer und sozialer Gesichtspunkte

Eine wesentliche Erleichterung bringt bei Abgrenzungsproblemen bezüglich bereits in der Handwerksrolle eingetragener Gewerbebetriebe das Argument des sog. historischen Kerns. Fröhler führt hierzu aus: "Ist ein Betrieb einmal zweifelsfrei Handwerksbetrieb oder zweifelsfrei Industriebetrieb gewesen, so spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß er seine Betriebsstruktur auch später beibehalten hat, daß er also Handwerks- oder Industriebetrieb geblieben ist. Eine Änderung der Betriebsstruktur und damit einen

1) Vgl. Kropfner, Kleinbetriebe, GewA 65,49(52) unter Hinweis auf RWG v. 25.9.31 Richter, S. 135; Krömer, E., a.a.O., DVBl. 57,257(260); BVerwG v. 12.2.65 GewA 65, 163(153)

2) Vgl. Winter, Fr., a.a.O., GewA 65,1(3) unter Hinweis auf Fröhler, L., Anmerkung zu HessVGH v. 17.5.61, GewA 62, 154

Wandel der Betriebsart wird man nur dann annehmen dürfen, wenn eindeutige Hinweise vorliegen. In Zweifelsfällen wird man hingegen von der Vermutung auszugehen haben, daß die ursprüngliche Betriebsstruktur erhalten geblieben ist."¹ Diese (widerlegbare) Vermutung wird gestützt durch § 14 HO,² wo ausgeführt wird, daß ein Löschungsantrag eines Gewerbetreibenden erst nach Ablauf eines Jahres seit Eintritt der Unanfechtbarkeit der Eintragung und auch dann nur, wenn sich die Voraussetzungen für die Eintragung wesentlich geändert haben, gestellt werden kann. Die Handwerksordnung stellt damit selbst den Grundsatz auf, daß der Besitzstand der Handwerkskammern wenig geändert werden soll. Allerdings hat die Praxis, obwohl diese Vermutung über den Fortbestand des einmal begonnenen Betriebscharakters einleuchtend und auch verwertbar erscheint, von dieser Regel - nach Britze - nur sehr zögernden und auch unterschiedlichen Gebrauch gemacht.³

Das BVerwG sieht in seinem Urteil vom 12.2.65 nun eine wesentliche Veränderung darin, daß sich seit der zuletzt im Jahre 1948 erfolgten Eintragung des Klägers die Rechtslage mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und der Handwerksordnung vom 17. Sept. 1953 grundlegend geändert habe.⁴ Dieser Auffassung widerspricht Honig⁵: Er erkennt an, daß eine Änderung der wesentlichen Verhältnisse auch in einem Wandel der Rechtsauffassung liegen kann, bestreitet aber, daß die angeführten Rechtsgrundlagen auf dem hier interessierenden Sektor einen Wandel herbeigeführt haben sollen. Er begründet seine Meinung damit, daß die Handwerksordnung durchaus erkennbar von dem vorgegebenen und im Laufe vieler Jahr-

1) Fröhler, Ludwig, Rechtsgutachten für den Zentralverband des Deutschen Bäckerhandwerks betr. Handwerkseigenschaft des Betriebes Porath - vom 7.7.1958, Teilabdruck bei Britze, H.-H., a.a.O., S. 102

2) So OVG Münster v. 11.3.64 GewA 64,157(161)

3) Vgl. Britze, H.-H., a.a.O., S. 103 mit Urteilsnachweisen

4) GewA 65,163(165)

5) Vgl. Honig, Handwerksbetrieb, JuS 66,436(440) mit Hinweisen auf OVG Münster v. 11.5.60 GewA 60,256; BayVGH v. 14.12.61 GewA 62,223(224) und VG Frankfurt v. 10.12.63 GewA 64,129(129)

zehnte gefestigten Begriff des Handwerksbetriebes ausgehe.¹ Dieser Ansicht wird beizupflichten sein, zumal wegen der Kontinuität der Rechtslage und nicht nur des Handwerksbegriffes von einer "grundlegenden Änderung" (BVerwG) nicht die Rede sein kann.

Neben diesen historischen Aspekten sollen auch soziale und soziologische Gesichtspunkte bei der rechtlichen Qualifizierung eines Betriebes von Bedeutung sein: Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Handwerksentscheidung vom 17.7.1961² gerade und ausschließlich aus wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Gründen, d.h. aus dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung und Förderung eines gesunden, leistungsfähigen Handwerkerstandes die Verfassungsmäßigkeit des Großen Befähigungsnachweises anerkannt. Das Gericht versteht dabei unter Handwerk eine einheitliche soziale Gruppe, die durch geschichtliche Entwicklung, Tradition, typische Besonderheiten ihrer Tätigkeiten, Lebensstil und Standesbewußtsein der Berufsangehörigen von anderen Berufsgruppen abgegrenzt ist.³ Wegen der Stellung des Bundesverfassungsgerichtes im Staatsgefüge liegt es nahe, daß verschiedene Autoren fordern, dem soziologischen Moment, d.h. dem mittelständischen Gepräge eines handwerksfähigen Gewerbebetriebes als Abgrenzungsmerkmal größere, wenn nicht sogar entscheidende Berücksichtigung zu geben.⁴ Die Handwerkseigenschaft wäre dann zu verneinen, wenn einem Betrieb das mittelständische Gepräge fehlt. Ob mit Hilfe dieser Kriterien für die Abgrenzung etwas gewonnen werden kann, erscheint indessen sehr fragwürdig, da diese Aspekte sehr vage sind,⁵ wie an drei Beispielen demonstriert werden soll:

1) Vgl. Honig, Handwerksbetrieb, JuS 66,436(440)

2) BVerfGE 13,97

3) Vgl. BVerfGE 13,97(112)

4) Vgl. Britze, H.-H., a.a.O., S. 99; vor der Handwerksentscheidung äußerten sich bereits in diesem Sinne Fröhler, Abgrenzung, BB 57,1127(1129); Meyer-Hentschel, G., a.a.O., NJW 58,1321 (1321); Krömer, E., a.a.O., DVBl. 57,257(260); Weber, Adolf, Kurzgefaßte Volkswirtschaftspolitik, Berlin 1951, S. 183

5) Vgl. Britze, H.-H., a.a.O., S. 98

So sieht etwa Wernet im Handwerk einen Kreis von Personen vereinigt, "der nicht von ungehemmtem Erwerbsstreben beseelt ist, sondern berufssittliche und wirtschaftsethische Auffassungen pflegt. Berufsehre und Berufsstolz sind zwei Eigenschaften des Handwerksdaseins; sie stellen die Grundlage beruflicher Qualitätsleistung und Qualitätsverantwortung dar, ohne deren Aufrechterhaltung der Fortbestand des handwerklichen Schaffens nicht gut denkbar ist."¹ Wenngleich Wernet dies vor mehr als 20 Jahren schrieb, erheben sich doch Zweifel, ob diese Kriterien damals wie heute dem Handwerk generell zu eigen waren, bzw. ob sie dem kleineren oder mittleren Industrieunternehmen abgesprochen werden müssen. Auch Fröhler vertritt die Auffassung, der gewerblich-mittelständische Charakter eines Betriebes sei ein verwendbares Abgrenzungsmerkmal.² Dabei versteht er unter Mittelstand "die Schicht jenseits der sozialen Extreme, die Schicht, die nicht reich genug ist, um andere zu beherrschen, aber wohlhabend genug, um von anderen nicht beherrscht zu werden."³ Wo deutet sich hier ein Unterschied zum kleinen oder mittleren Industriebetrieb an? Der Fehler scheint demnach in der Auffassung zu liegen, allein das Handwerk verkörpere den Mittelstand. Diese Meinung ist aber nicht richtig.⁴ Zweifel bestehen auch, ob die Annahme von Krömer, daß das Verhältnis zwischen Meister und Gesellen soziologisch gesehen, ein anderes sei als zwischen Unternehmer und Industriearbeiterschaft und dieser Unterschied ein wesentliches Kriterium darstelle.⁵ Diese Überlegung gilt doch wohl auch

1) Wernet, Wilhelm, Probleme der Handwerkspolitik für heute und morgen, in: Het Ambacht in Europa, Scheveningen 1952, S. 31 (Teilabdruck bei Britze, H.-H., a.a.O., S. 98)

2) Vgl. Fröhler, Abgrenzung, BB 57,1127(1129)

3) Fröhler, Ludwig, Die staatsrechtliche Relevanz des Mittelstandes, München 1968, S. 25; ebenso vage erscheint auch die Aussage von Wernet (Probleme, S. 31): "Sozialer Ausgleich und sozialer Friede im gesellschaftlichen Aufbau des Volkskörpers hängen entscheidend von der Funktion des Handwerks als Mittler zwischen den unteren und oberen Schichten ab."

4) Vgl. die Stellungnahme des Bundestages in BVerfGE 13, 97(108)

5) Vgl. Krömer, E., a.a.O., DVBl. 57,257(260). Auf S. 263 hebt er hervor: "Inhaber und Belegschaft gehören im Handwerk derselben sozialen Sphäre an."

wieder nur für den (handwerklichen) Kleinbetrieb und den (industriellen) Großbetrieb. Richtiger dürfte zumindest für den Großbetrieb die Auffassung von Dohrn sein, daß die Ansicht überholt sei, Arbeitnehmer eines Handwerksbetriebes hätten der sozialen Sphäre des Betriebsinhabers anzugehören.¹ Da sich (soziologisch gesehen) "kleine" Handwerksbetriebe von "kleinen" Industriebetrieben und "große" Handwerksbetriebe von "großen" Industriebetrieben - bei gleicher Belegschaftsgröße - nicht unterscheiden müssen, entfällt dieser Aspekt bei der rechtlichen Qualifizierung von Betrieben.

235. Die Bedeutung sonstiger Merkmale

Die persönliche Mitarbeit des Inhabers als Kriterium der Betriebsklassifizierung wurde bereits bei der Betrachtung von Größenmerkmalen kurz gestreift. Hier geht es nun um die Frage, welche Bedeutung die Mitarbeit des Betriebsinhabers im technischen Bereich hat, und ob seiner Ausbildung für die Abgrenzung Gewicht beizumessen ist.

Die persönliche Mitarbeit des Betriebsinhabers, der in der Regel gelernter Handwerker ist, gehörte um 1900 zum Begriff des Handwerksbetriebes. In der Folgezeit wird diese Mitarbeit nicht in allen Entscheidungen gefordert. Während etwa das OLG Darmstadt im Urteil vom 31.1.1902 hierin ein "maßgebendes Merkmal für den Handwerksbetrieb" sah,² heißt es dagegen in einer Entscheidung des Regierungspräsidenten von Minden vom 24.7.1902, daß auf die Mitarbeit des Unternehmers kein entscheidendes Gewicht gelegt werden könne, da die Betriebsweise dennoch handwerksmäßig sein könne.³ Eine mehr oder minder stichprobenartige Überwachung der fertigen Arbeitsprodukte sollte nach dem SächsOVG vom 11.6.1903 nicht genügen.⁴

1) Vgl. Dohrn, Abgrenzung, BB 61,506(509)

2) GewA 02,739(739)

3) GewA 05,273(275); vgl. auch Entscheidung des Oberpräsidenten der Provinz Brandenburg vom 8.3.09 Denkschrift 1926, S. 132

4) GewA 04,93(98)

Ebenso forderte das PreuBOVG zumindest Leitung und Aufsichtsführung durch den Betriebsinhaber beim technischen Mergang der Erzeugung; eine Oberaufsicht, wie sie jeder Unternehmer ausübt, der sich um seinen Betrieb zu kümmern pflegt, sollte nicht ausreichen. Handwerker ist nicht, wer, auch wenn er handwerkliche Fachausbildung besitzt, nur die kaufmännische Seite des Betriebes bearbeitet.¹ (Insofern wurde der Betriebsumfang eines Handwerksbetriebes durch die Rechtsprechung des PreuBOVG wieder beschränkt.) Diese Auffassung wird bis zur Handwerksnovelle von 1929 überwunden. Durch die Anerkennung des Großhandwerks erfuhr auch die Bewertung der Stellung des Betriebsinhabers im Betrieb eine wesentliche Änderung. In einer Entscheidung des Bezirksausschusses Wiesbaden vom 22.4.1925 heißt es, daß die Eigenart des Betriebes als handwerkliches Unternehmen auch dann gewahrt werde, wenn der Unternehmer die eigentliche Handarbeit ganz den Gehilfen überlasse und selbst nur eine beaufsichtigende und anordnende Tätigkeit entfalte. Das Wesentliche sei, daß der Unternehmer seine handwerksmäßige Vorbildung überwiegend in den Dienst des Betriebes stelle.^{2,3} Diese Meinung wird auch in der Rechtsprechung des RWG vertreten; danach läßt sich die Nichtbeteiligung des Betriebsinhabers beim technischen Arbeitsvorgang nicht mehr als entscheidendes Kriterium heranziehen.⁴ Das RWG begründet dies damit, daß durch die Novelle von 1929 auch juristische Personen eintragungsfähig seien. Demnach kann (können) sich der (die) Betriebsinhaber auf die allgemeine und kaufmännische Leitung des Betriebes beschränken, ohne dadurch eine industrielle, d.h. nicht-handwerkliche Betriebsform zu begründen.⁵ Hieraus folgt konsequenterweise, daß sich

1) So PreuBOVG v. 26.6.12 Teilabdruck in OVGE 66,389(391)

2) Vgl. Denkschrift 1926, S. 115

3) Vgl. auch Entscheidung des Regierungspräsidenten zu Kassel vom 11.3.25 Denkschrift 1926, S. 138; dort heißt es: "daß der eine Inhaber Kaufmann ist fällt nicht ins Gewicht".

4) Vgl. Schlitzer, W., a.a.O., S. 44,48 mit Urteilsnachweisen; vgl. weiter RWG v. 23.10.31 Richter, S. 170; RWG v. 12.2.32 Richter, S. 197; RWG v. 15.12.33 Richter, S. 132; RWG v. 16.02.34 Richter, S. 187

5) Vgl. Schlitzer, W., a.a.O., S. 44; vgl. weiter RWG v. 9.10.31 Richter, S. 116; RWG v. 25.11.31 Richter, S. 174; RWG v. 11.12.31 Richter, S. 62

der Betriebscharakter auch nicht nach der (handwerklichen bzw. nicht-handwerklichen) Ausbildung des Unternehmers richtet.¹ Das RWG setzt sich damit in bezug auf die Unternehmerstellung in Gegensatz zu der Rechtsprechung des Reichsgerichtes und des PreußOVG.

Auch heute ist die Mitarbeit des Betriebsinhabers im technischen Bereich noch sehr umstritten. Während Britze diesem Merkmal im Anschluß an das Bundesverfassungsgericht² eine große Bedeutung beimißt und sie als wesentlichen Bestandteil des mittelständischen Charakters eines Betriebes sieht,³ drückt sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Grundsatzurteil vom 17.4.64 vor einer Entscheidung. Wenn der Inhaber des Betriebes im technischen Bereich selbst aktiv mitarbeite, so könne dies - wenn auch nicht für sich allein - ein Anhaltspunkt dafür sein, daß das Gewerbe handwerksmäßig betrieben werde. Hingegen könne allein daraus, daß eine solche Mitarbeit nicht stattfindet - was in jedem Falle der Entschließung des Betriebsinhabers überlassen bleiben müsse -, noch nicht der gegenteilige Schluß gezogen werden. Für die Beurteilung könne es vielmehr nur von Bedeutung sein, ob der Inhaber des Betriebes in der Lage ist, die Arbeit seiner Mitarbeiter im einzelnen zu überwachen und ihnen erforderlichenfalls Anweisungen zu erteilen.⁴ Den extremen Gegensatz zu Britze stellt die wohl richtige Auffassung dar, daß es sich bei der vom BVerwG verlangten Möglichkeit zur persönlichen Einflußnahme nur um eine solche objektiver Art handelt, d.h. Wille und Qualifikation des Betriebsinhabers bleiben ohne Bedeutung.⁵ Allein die fakti-

1) Vgl. RWG v. 25.11.31 Richter, S. 174; v. 7.7.33 Richter, S. 69; Schlitzner, W., a.a.O., S. 45 mit weiteren Urteilsnachweisen

2) BVerfGE 13,97(123): "Typisch für sie (gemeint sind Handwerksbetriebe - Anm. d.Verf.) ist die persönliche Mitarbeit des Betriebsinhabers."

3) Vgl. Britze, H.-H., a.a.O., S. 123; vgl. auch HessVGh v. 17.5.61 GewA 62,152(153)

4) BVerwG v. 17.4.64 GewA 64,249(251); vgl. auch OVG Berlin v. 29.9.65 GewA 66,130(131); BayVGh v.25.6.74 GewA 75,22(24); Aberle, H.-J., a.a.O., GewA 70,156(157)

5) Vgl. Honig, Handwerksbetrieb, JuS 66,436(440); ders., Wann kann von einer ausreichenden Leitung des Handwerksbetriebes gesprochen werden?, GewA 67,97(99) (zukünftig zitiert: Honig, Leitung); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 14 zu § 1; VG Neustadt a.d.Weinstraße v. 17.9.70 GewA 71,9(10)

sche Einwirkungsmöglichkeit genügt, da nicht die Qualifikation des Inhabers Voraussetzung eines Handwerksbetriebes ist, sondern umgekehrt der Charakter als Handwerksbetrieb eine entsprechende qualifizierte Leistung verlangt.¹ Somit kann auch die Ausbildung des Betriebsinhabers nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Dies ergibt sich eben daraus, daß es eine Verkenntung von Ursache und Wirkung wäre, zu sagen: Der Betriebsinhaber besitzt den Befähigungsnachweis, folglich ist sein Betrieb ein Handwerksbetrieb, und umgekehrt, besitzt der Inhaber keinen Befähigungsnachweis, so kann der Betrieb wegen dieses Mangels kein Handwerksbetrieb sein.²

Während früher dem Organisationswillen des Betriebsinhabers eine gewisse Bedeutung für die Bestimmung des Handwerksbegriffes bzw. die organisationsrechtliche Zuordnung zugesprochen wurde,³ läßt die neuere Literatur und Rechtsprechung das Zugehörigkeitsgefühl des Betriebsinhabers zu Handwerk oder Industrie außer acht.⁴ Dies geschieht aus der Erkenntnis heraus, daß diese Einstellung vielfach von Überlegungen und

1) So Honig, Handwerksbetrieb, JuS 66,436(439); vgl. auch BayVGh v. 25.6.74 GewA 75,22(24)

2) So auch Fröhler, Monographie, S. 55

3) Vgl. OVG Münster v. 19.3.53 OVG 7,107(111); vgl. die Urteilsnachweise bei Krömer, E., a.a.O., DVBl. 57,257(257); Eyermann-Fröhler, Anm. II 2a zu § 1; Fröhler, Abgrenzung, BB 57,1127(1129)

4) Vgl. Zuck, Rüdiger, Handwerk als Gestaltung, NJW 61,1519 (1519) Krömer, E., a.a.O., DVBl. 57,257(258); Meyer-Hentschel, G., a.a.O., NJW 58,1321(1323); Britze, H.-H., a.a.O., S. 132 mit zahlreichen Urteilsnachweisen; Winter, Fr., a.a.O., GewA 65,1(1); Aberle, H.-J., a.a.O., GewA 70,156 (157); BVerwG v. 17.4.64 GewA 64,249(251); v. 12.2.65 GewA 65,163(164); v. 22.5.64 DVBl. 64,995(996); VGh Bad.-W. v. 9.12.64 GewA 66,62(63); OVG Koblenz v. 19.3.69 GewA 69, 254(256). Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 11 zu § 1, möchten dem Willen des Betriebsinhabers "nur ganz ausnahmsweise eine gewisse Bedeutung zukommen" lassen. Kreppner, Kleinbetriebe, GewA 65,49(51) stellt fest, daß beim Grenzbetrieb "dem soziologisch bedingten Zugehörigkeitsgefühl des Betriebsinhabers, dem 'Standesbewußtsein' Gewicht beizumessen" ist.

Empfindungen beeinflußt wird, die subjektiv verständlich sein mögen, aber für die objektive Zuordnung ohne Bedeutung sein müssen und deshalb für die rechtliche Beurteilung nicht bestimmend sein können.¹ Es kann nicht von Empfindungen des Betriebsinhabers abhängig sein, ob die Zulassungsvoraussetzungen der Handwerksordnung Anwendung finden müssen oder nicht. Der (Organisations-) Wille des Betriebsinhabers kann sich nur insofern auswirken, als er seinem Betrieb die objektive Gestalt eines Industriebetriebes gibt.² Aus der Tatsache, ob in einem Gewerbebetrieb Lehrlinge ausgebildet werden oder auch nur ausgebildet werden können, kann nach Auffassung des BVerwG für die Entscheidung, ob es sich um einen Handwerksbetrieb handelt, kein ausschlaggebender Hinweis gewonnen werden.³ Aus der Begründung dieses Urteils läßt sich aber für das "handwerksmäßige Betreiben" eines Gewerbes nichts entnehmen, denn das BVerwG beschäftigt sich vielmehr mit dem anderen Tatbestandsmerkmal, ob nämlich nur dann ein Handwerksbetrieb vorliegt, wenn sämtliche Kenntnisse und Fertigkeiten eines Berufsbildes im betreffenden Betrieb zu vermitteln sind. Diese Betrachtungsweise ist aber durch die Neufassung des § 1 Abs. 2 HO durch die Novelle von 1965 überholt. Der Grund, warum der Lehrlingshaltung keine entscheidende Bedeutung für die Abgrenzung zukommt, liegt darin, daß sie nicht den eigentlichen Charakter eines Betriebes ausmacht, der ja durch die Art und Weise des "Betreibens" geprägt wird.⁴ Nichtsdestoweniger kann aber die tatsächliche handwerkliche Lehrlingsausbildung im konkreten Fall als ein Hinweis auf die Handwerksmäßigkeit eines Betriebes angesehen werden, wenngleich das Fehlen von handwerklichen Lehrlingen niemals als Indiz für einen Industriebetrieb gewertet werden kann, da hieraus noch nicht darauf geschlossen werden kann, daß eine solche Ausbildung im konkreten Betrieb nicht möglich ist.⁵

1) Vgl. BVerwG v. 17.4.64 GewA 64,249(251)

2) Vgl. BVerwG v. 17.4.64 GewA 64,249(251); VG Gelsenkirchen v. 6.12.63 GewA 65,250(250)

3) Vgl. BVerwG v. 6.12.63 GewA 64,93(94); v.17.4.64 GewA 64,249(251); OVG Münster v. 11.3.64 GewA 64,157(161)

4) So auch Britze, H.-H., a.a.O., S. 129

5) Vgl. Britze, H.-H., a.a.O., S. 130. Das hier auftretende Problem liegt darin, daß es Gewerbebetriebe gibt, die zwar handwerksmäßig betrieben werden, wo aber die ausgeübten Tätigkeiten das einschlägige Berufsbild nicht in seiner vollen Breite erfüllen. Dieses Problem der Teilhandwerke wurde auf S. 107 ff behandelt.

Auch der Umfang des Absatzgebietes sowie die Absatzgestaltung werden verschiedentlich zur Qualifizierung eines Betriebes herangezogen. Während dabei um 1900 der Absatzradius auf Grund der relativ geringen Größe des durchschnittlichen Handwerksbetriebes beschränkt und Kundenproduktion, das Fehlen des Absatzes an Wiederverkäufer, keine Absatzwerbung durch Reisende, kein Export typische Kennzeichen für den Handwerksbetrieb waren, wurde in einer Entscheidung des thüringischen Ministeriums für Inneres und Wirtschaft, Abt. Wirtschaft von 4.1.1926 die Meinung vertreten, daß es ohne Bedeutung sei, wenn in einem Betrieb der Absatz von Waren zum größten Teil in Handel erfolge.¹ Diese Auffassung wird damit begründet, daß es in erster Linie auf die Art der Herstellung und nicht auf die Art des Absatzes ankomme. Eine Orientierung an der zeitgemäßen Praxis (= dynamische Betrachtungsweise) läßt sich in der Rechtsprechung des RWG nachweisen. Bezüglich der Verkaufsgestaltung erkennt das Gericht an, daß das neuere Handwerk ebenso wie die Industrie für den Absatz an Wiederverkäufer,² eventuell sogar durch Vertreter,³ arbeiten könne. Versand von Katalogen und Preislisten, Beschickung von Messen und Ausstellungen schließen den Charakter eines Handwerksbetriebes nicht unbedingt aus; entscheidend kommt es auf den Umfang und die Formen, sowie deren Rückwirkung auf die Gesamtstruktur des Unternehmens an.⁴ Der Versand als besondere Absatzform ist für die Abgrenzung bedeutungslos.⁵

Aus neuerer Zeit können lediglich zwei Entscheidungen zur Bedeutung der Absatzgestaltung für das Problem der Abgrenzung des Handwerksbetriebes vom Industriebetrieb näher betrachtet werden. Das OVG Berlin bezeichnet dabei in einem Urteil vom 29.9.65 eine Großbäckerei, deren Erzeugnisse zu 70 % über in eigener Hand befindliche Verkaufsstellen vertrieben werden, als Handwerksbetrieb, da sich jene Stellen nach ihren Warenangebot, Abnehmerkreis, lokalbeschränkten

1) Denkschrift 1926, S. 89

2) Vgl. RWG v. 3.7.31 Richter, S. 47; v. 15.5.32 Richter, S. 177; v. 14.10.32 Richter, S. 55

3) Vgl. RWG v. 23.10.31 Richter, S. 170

4) Vgl. RWG v. 31.3.33 Richter, S. 167; v. 31.5.32 Richter, S. 178

5) Vgl. RWG v. 6.11.31 Richter, S. 67

Absatzmarkt nicht von dem Ladengeschäft einer typisch handwerklichen Bäckerei unterschieden.¹ Das OVG Koblenz führt in einem Urteil vom 19.3.69 aus, daß die Serienproduktion für den anonymen Markt und der Export mehr der Industrie eigentümlich seien.² In einem Exportanteil von 60 % und der Serienproduktion bestimmter Maschinentypen sieht es daher Indizien für einen Industriebetrieb. Diese Auffassungen werden eindeutig handwerklich arbeitenden Betrieben nicht gerecht, sie entsprechen auch nicht der Notwendigkeit einer dynamischen Betrachtungsweise. Der Realität näher kommt dagegen Honig, wenn er meint, daß die Vorstellung, der Handwerksbetrieb sei hinsichtlich seiner Absatzmöglichkeiten ausschließlich standortbezogen und bediene lediglich einen durch Marktnähe bestimmten, häufig feststehenden Kundenkreis, längst als überholt zu gelten habe.³ Ihm ist zuzustimmen, wenn er die Auffassung vertritt, auch beim Handwerk komme Absatz an Wiederverkäufer, Absatzwerbung durch Reisende und Auslandsexport in Frage.³ Daß der Besuch von Messen, angesichts des scharfen Wettbewerbs zwischen Handwerk und Industrie, den Charakter eines Handwerksbetriebes nicht zu tangieren vermag, soll daher nur am Rande festgestellt werden. Dies kann heute bereits als feststehende und notwendige, der Konkurrenzfähigkeit dienende Übung betrachtet werden.⁴ Der Art des Absatzes und der Größe des Absatzgebietes kommt somit für die Abgrenzung nur untergeordnete Bedeutung zu; der Unterschied zwischen Handwerk und Industrie liegt nicht so sehr in verschiedenen Formen des Warenabsatzes, sondern vielmehr in verschiedenen Formen der Produktion.⁵ Abgesehen davon, spricht auch die zunehmende Verflechtung der Gesamtwirtschaft mit ausländischen Märkten gegen die Verwendung dieses Merkmals als Abgrenzungskriterium.⁶

1) Vgl. OVG Berlin v. 29.9.65 GewA 66,130(132)

2) Vgl. OVG Koblenz v. 19.3.69 GewA 69,254(256)

3) Vgl. Honig, Handwerksbetrieb, JuS 66,436(440); ebenso Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 18 zu § 1, dagegen unklar in Anm. 11 zu § 1

4) Erinnerung sei etwa an die jährliche "Internationale Handwerksmesse" in München

5) Vgl. LVG Braunschweig v. 16.1.59 Rschr. DHKT v.20.2.59, unter Hinweis auf RWG; Hartmann-Philipp, a.a.O., S. 107; BVG Neustadt/Pfalz v. 9.5.52 (zitiert bei Hartmann-Philipp, a.a.O., S. 107); Prille, J.-H., a.a.O., S. 107 mit weiteren Urteilsnachweisen

6) So auch Aberle, H.-J., a.a.O., GewA 70,156(157)

236. Ergebnis

Bei der Beurteilung eines Gewerbebetriebes hinsichtlich seiner Zuordnung zu Handwerk oder Industrie ist unter Beachtung der zwischen den Gewerbebezweigen bestehenden Unterschiede und Besonderheiten von der Gesamtstruktur des zu qualifizierenden Betriebes auszugehen. Hinweise auf diese Gesamtstruktur geben verschiedene Kriterien, die allerdings keine ablesbaren Entscheidungen ermöglichen, sondern lediglich gedankliche Richtpunkte, Hilfsmittel der Erkenntnis darstellen.¹ Welche Merkmale dabei den relevanten Typus ausmachen, ergibt sich nach dynamischer Betrachtungsweise. Die Zuordnung eines Betriebes hat als Entscheidungsgrundlage das heute vorherrschende Erscheinungsbild des gesamten Handwerks und des jeweiligen Handwerkszweiges. Dies bedeutet, und das sollte auch durch die entwicklungsgeschichtliche Darstellung der verschiedenen Kriterien klargemacht werden, daß Gesichtspunkte, die noch vor wenigen Jahren bei der Abgrenzung eine Rolle spielten, heute unberücksichtigt bleiben müssen. Die Fortentwicklung des Handwerks in seiner Gesamtheit wie auch einzelner Handwerkszweige ist also zu beachten. Gleiches gilt für die Entwicklung der Industrie. Nicht die Wirklichkeit muß dem Begriff angepaßt werden, sondern umgekehrt muß der Begriff der Realität angepaßt werden, ohne daß es erforderlich wäre, den formalen Terminus zu ändern. Entwicklungen zu berücksichtigen ist die Aufgabe und Forderung, die der Gesetzgeber durch die Verwendung der unbestimmten Gesetzesbegriffe in § 1 HO gestellt hat.

1) Auf die Wiedergabe der heute benützten bzw. zu benützenden Merkmale soll an dieser Stelle verzichtet werden.

3. Die Abgrenzung der Erscheinungsformen des Handwerksbetriebes

31. Die Kriterien eines handwerklichen Nebenbetriebes

311. Die positiv-rechtlichen Voraussetzungen eines handwerklichen Nebenbetriebes

Der Gesetzgeber hat in der Handwerksordnung die Erscheinungsformen eines handwerklichen Unternehmens in die drei Kategorien Haupt-, Neben- und Hilfsbetrieb eingeordnet, und deren zulässiges Betreiben von unterschiedlichen subjektiven Voraussetzungen abhängig gemacht. So unterliegt der Hilfsbetrieb (§ 3 Abs. 3 i.V.m. §§ 1,2,3 Abs. 1 HO) ebenso wie der unerhebliche Nebenbetrieb (§ 3 Abs. 1 i.V.m. §§ 2,3 Abs. 1 HO) überhaupt nicht der handwerksrechtlichen Zulassungspflicht. Der Inhaber eines (erheblichen) Nebenbetriebes wird in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Leiter des Nebenbetriebes den handwerksrechtlichen Voraussetzungen entspricht (§ 7 Abs. 5 HO) und bei "Hauptbetrieben"¹ muß in der Regel der Inhaber den Befähigungsnachweis selbst erbringen.² Der Abgrenzung zwischen Haupt-, Neben- und Hilfsbetrieb kommt somit entscheidende Bedeutung dahingehend zu, ob und von wem ein Befähigungsnachweis zu erbringen ist.

-
- 1) Unter "Hauptbetrieb" sind im Bereich der Handwerksordnung nicht nur diejenigen Betriebe zu verstehen, denen ein Neben- oder Hilfsbetrieb angeschlossen ist, sondern dieser Begriff umfaßt auch die unverbundenen Betriebe, also solche Betriebe, bei denen ein Neben- oder Hilfsbetrieb nicht vorhanden ist, sowie solche Unternehmen, die sich aus "gleichwertigen" Betriebsteilen zusammensetzen.
 - 2) Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Überlegungen war dabei das in alter Handwerkertradition gewachsene soziologische Charakterbild des Handwerksbetriebes, in dem Meister und Betriebsinhaber identisch sind und Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Unternehmens von der Persönlichkeit und der fachlichen Tüchtigkeit des Betriebsinhabers entscheidend geprägt werden. Von diesem Grundsatz der Identität von Meister und Betriebsinhaber soll nur dann abgewichen werden, wo soziale Überlegungen oder wirtschaftliche Bedürfnisse dies nahelegen (vgl. Fröhler, Ludwig, Zum Begriff der handwerklichen Hilfs- und Nebenbetriebe, GewA 55/56, 80(80) (zukünftig zitiert: Fröhler, Nebenbetrieb)). Um Fälle dieser Art handelt es sich etwa beim Ehegatten- und Erbenprivileg (§ 4 HO), bei juristischen Personen und Personengesellschaften (§ 7 Abs. 4 HO) und bei den hier zu erörternden handwerklichen Nebenbetrieben (§ 7 Abs. 5 HO).

Zur Veranschaulichung der anstehenden Problematik seien einige Fälle der Praxis angeführt: Ist es etwa möglich neben einem Kosmetikbetrieb das Friseurhandwerk als Nebenbetrieb zu betreiben, oder neben einer Schmiede, einer Schlosserei, eine Bäckerei, einen Kraftfahrzeugelektrikerbetrieb neben einem Abschleppdienst, Elektroinstallation neben einem Einzelhandelsgeschäft? Wie ist eine Kraftfahrzeugreparaturwerkstatt eines Speditionsunternehmens einzuordnen, wenn nur eigene Fahrzeuge repariert werden, wie ist die Zuordnung, wenn auch Leistungen für Dritte erbracht werden?

Der Gesetzgeber hat den Begriff des handwerksrollenpflichtigen Nebenbetriebes in § 3 Abs. 1 i.V.m. § 2 Nr. 3 HO - allerdings nicht erschöpfend - umschrieben.¹ Danach ist positives Kriterium, daß er mit einem Unternehmen des Handwerks, der Industrie, des Handels, der Landwirtschaft oder sonstige Wirtschafts- und Berufszweige verbunden ist und in ihm Waren zum Absatz an Dritte handwerksmäßig hergestellt oder Leistungen für Dritte handwerksmäßig bewirkt werden. Der Nebenbetrieb muß also handwerklicher Natur sein, d.h. ein handwerksfähiges, stehendes Gewerbe muß handwerksmäßig betrieben werden. Ein handwerklicher Nebenbetrieb kann also nur dann vorliegen, wenn der Nebenbetrieb für sich allein betrachtet als handwerklicher Betrieb anzusehen wäre.² Die Beurteilung der handwerklichen oder nicht-handwerklichen Eigenschaft eines Nebenbetriebes kann somit nicht im Wege einer Gesamtschau mit Einschluß des Hauptbetriebes erfolgen.³ Die gegenteilige Auffassung, das sog. Summierungsverfahren, wird von der herrschenden Meinung - angesichts des Gesetzestextes zu Recht - abgelehnt.⁴ Negative Voraussetzung ist,

- 1) Die handwerklichen Nebenbetriebe öffentlich-rechtlicher Stellen (§ 2 Nr. 2 HO) bleiben wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung außerhalb der Betrachtung
- 2) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 10 zu § 3; BVerwG v. 28.9.71 GewA 72,155(155)
- 3) Vgl. BVerwG v. 25.9.69 GewA 70,10(10 LS) = BVerwGE 34,56 = BayVB1. 70,26; v. 28.9.71 GewA 72,155(155); OVG Koblenz v. 13.10.71 GewA 72,15(15)
- 4) Das sog. Summierungsverfahren wird vertreten vom VG Neustadt a.d. Weinstraße im Urteil vom 17.9.70 GewA 71, 10(10) mit ablehnender Anmerkung von Fröhler

daß die Tätigkeiten (im "Nebenbetrieb") nicht in einem unerheblichen Umfang ausgeübt werden,¹ und es darf sich nicht um einen Hilfsbetrieb handeln (§ 3 Abs. 1 HO). Geprüft werden muß also zunächst, ob ein Nebenbetrieb vorliegt, und daran anschließend, ob es sich um unerhebliche Tätigkeiten bzw. einen Hilfsbetrieb handelt.² Speziell die Unerheblichkeitsschranke hat nichts mit der Qualifizierung eines Betriebes als Nebenbetrieb zu tun; sie ist nur von Bedeutung für die Frage, ob der Nebenbetrieb handwerkserollenpflichtig ist oder nicht.³ Durch die Außerachtlassung der erwähnten Reihenfolge kommt das VG Sigmaringen in seinem Urteil vom 26.8.68 u.a. zu dem absurden Ergebnis, daß "z.B. der Schmiedemeister Torten backen oder Haare schneiden" darf, so lange er unter der Unerheblichkeitsgrenze bleibt.⁴ Diese Betrachtungsweise entspricht einer Verkenennung der gesetzlichen Bestimmungen zum Nebenbetrieb. Das Gericht hätte vielmehr zunächst prüfen müssen, ob die Kriterien eines Nebenbetriebes erfüllt sind, und erst dann Betrachtungen über die Unerheblichkeit anstellen können. Bei der angeführten Aussage hätte es dann bei der Prüfung der "Verbundenheit" i.S. des § 2 Nr. 3 HO, d.h. der fachlichen Beziehungen zwischen den verschiedenen Tätigkeiten, zu der Ablehnung der Annahme eines Nebenbetriebes kommen müssen, so daß Betrachtungen über die Unerheblichkeitsgrenze hinfällig geworden wären. In Wirklichkeit würde es sich hier um zwei unabhängige Betriebe des gleichen Unternehmers handeln, bei denen das Ausmaß der jeweiligen handwerklichen Betätigung für die Eintragungspflicht keine Rolle spielt. Beide Betriebe wären gemäß § 1 HO einzutragen. Der Befähigungsnachweis könnte nur vom Inhaber erbracht werden; die Privilegierung nach § 7 Abs. 5 HO kommt nicht zur Anwendung.

1) Die Definition der Unerheblichkeit befindet sich in § 3 Abs. 2 HO. Wegen der Exaktheit dieser Definition ergeben sich bei der Bestimmung der Unerheblichkeitsgrenze keine Schwierigkeiten

2) Vgl. VGH Bad.-W. v. 25.3.70 GewA 70,250; v. 16.12.70 GewA 71,159(160); v. 7.11.73 GewA 74,120; Möschel, Wernhard, Zur rechtlichen Behandlung des handwerklichen Nebenbetriebes, DB 70,2205(2206) a.A. Kreppner, Doppelzugehörigkeiten, S. 135

3) So im Ergebnis VGH Bad.-W. v. 25.3.70 GewA 70,250; vgl. auch Kollner, Werner, Zum Begriff des unerheblichen Nebenbetriebes, GewA 69,49 ff

4) GewA 68,254(255)

Die Auffassung des VG Sigmaringen verkennt zudem das Anliegen der Bestimmungen über den handwerklichen Nebenbetrieb und dessen Privilegierung: Nicht jeder zusätzliche Betrieb eines "Unternehmers" soll bevorzugt werden, was aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenklich wäre, sondern nur diejenigen Betriebe, die mit dem ursprünglichen "verbunden" sind, d.h. zumindest mehr als nur den gleichen Eigentümer aufzuweisen haben. Allein die Tatsache, daß zwei Betriebe einem Unternehmer gehören, als Grund besonderer Privilegien zu wählen, wäre widersinnig, denn dann würde der nicht-handwerkskundige Inhaber eines handwerklichen Nebenbetriebes über ein in der Natur der Sache liegendes Maß hinaus, günstiger gestellt als der Inhaber eines "Hauptbetriebes",¹ der in der Regel selbst den Befähigungsnachweis erbringen muß: Nur bei einem mit dem Hauptbetrieb "verbundenen" Nebenbetrieb soll es nach dem Willen des Gesetzgebers genügen, wenn der Leiter des Nebenbetriebes den handwerksrechtlichen Voraussetzungen genügt. § 3 Z.1 HO kann aber nicht so interpretiert werden, daß jeglicher zusätzliche Betrieb eines Handwerks in geringem ("unerheblichen") Umfang von der Zulassungspflicht freigestellt wird. Privilegiert im Sinne des § 7 Abs. 5 HO soll nur der ("verbundene") Nebenbetrieb, nicht jeder zusätzliche "Neben"betrieb werden. Bei letzterem spielt die Unerheblichkeit - ebenso wie beim "Hauptbetrieb" des § 1 HO - keine Rolle. Das Urteil des VG Sigmaringen wurde daher vom VGH Baden-Württemberg zutreffend aufgehoben bzw. in allen grundsätzlichen Punkten abgeändert.²

Die vom Gesetzgeber nicht näher erläuterte "Verbundenheit" muß daher durch Auslegung ermittelt werden. Bevor dies erfolgt, soll jedoch ein weiteres positiv-rechtliches Kriterium des handwerklichen Nebenbetriebes angeführt werden: Die Formulierung in §§ 2,3 HO deutet darauf hin, daß das Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenbetrieb als Über-/Unterordnungsverhältnis zu betrachten sein wird.³ Es folgt also aus den

1) So Philipp, Franz, Handwerklicher Nebenbetrieb nach der Handwerksordnung, GewA 55/56, 149(150)

2) Vgl. VGH Bad.-W. v. 16.12.70 GewA 71,159(159f)

3) Vgl. Dohrn, Max-Jürgen, Der Begriff des handwerklichen Nebenbetriebes nach der Handwerksordnung, DB 60,1090(1091) (zukünftig zitiert: Dohrn, Nebenbetrieb); Möschel, W., a.a.O., DB 70,2205(2206)

Begriffen Haupt-, Nebenbetrieb, daß der Schwerpunkt des Unternehmens in wirtschaftlicher Sicht (Betriebseinrichtung, beschäftigte Arbeitskräfte, Umsatz, Betriebskapital) nicht beim Nebenbetrieb liegen darf. Der Nebenbetrieb hat im Rahmen des Gesamtunternehmens nur untergeordnete Bedeutung.¹ Bei gleichem wirtschaftlichen Gewicht liegen bereits zwei selbständige Betriebe vor.²

312. Die Verbundenheit mit dem Hauptbetrieb

Ein Nebenbetrieb muß immer mit einem anderen Betrieb, einem Hauptbetrieb, verbunden sein. Welche Form diese Verbundenheit haben muß, hat der Gesetzgeber - wie soeben ausgeführt - nicht näher bestimmt, sondern vielmehr Rechtsprechung und Verwaltungspraxis überlassen.

Sichtet man die umfassende einschlägige Literatur, so lassen sich im wesentlichen zwei Standpunkte unterscheiden. Beiden gemeinsam ist der Ausgangspunkt: Als herrschende Meinung kann bezeichnet werden, daß diese Verbundenheit des § 2 HO - wie oben bereits ausgeführt wurde - nicht nur die Identität der Eigentümer erfordert, sondern auch eine Verknüpfung in wirtschaftlicher und organisatorischer Hinsicht vorliegen muß.³ Der zu fordernde wirtschaftliche Zusammenhang zwischen

¹) Vgl. OVG Hamburg v. 31.1.61 GewA 61,116(116); BVerwG v. 24.3.61 GewA 61,59(59); OLG Hamburg v. 28.1.64 GewA 64,129(129) BayVGH v. 31.5.65 GewA 67,131(132); OLG Hamm v. 13.6.66 GewA 67,35(36); VG Münster v. 7.12.71 GewA 72,96(96); Fröhler, Ludwig, Muß der Frischfleischverkauf in Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften in die Handwerksrolle eingetragen werden?, GewA 63,145(148)

²) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 7 zu § 3

³) Vgl. Hartmann-Philipp, a.a.O., Anm. 4 zu § 3; Steffens, H., a.a.O., Anm. II 1 zu § 3; Schwandt, H., a.a.O., Anm. 1 zu § 3; Philipp, Fr., a.a.O., GewA 55/56, 149(150); Dohrn, Nebenbetrieb, DB 60,1090(1091); Baudisch, Roman, Zum Begriff des handwerklichen Nebenbetriebes, GewA 65, 217(217); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4,8 zu § 3; Siegert-Musielak, Anm. 3 zu § 3; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 2b zu § 3; VGH Bad.-W. v. 17.5.60 GewA 62, 139(139); VG Minden v. 24.1.61 GewA 62, 137(138); OVG Hamburg v. 31.1.61 GewA 61,116(116); BVerwG v. 24.3.61 GewA 61,58(59); OVG Münster v. 6.11.63 GewA 64,169

Haupt- und Nebenbetrieb liegt vor, wenn die Erzeugnisse und Leistungen des Nebenbetriebes den wirtschaftlich-unternehmerischen Zwecken des Hauptunternehmens, der Erhöhung der Wirtschaftlichkeit und der Gewinnerzielung des Hauptbetriebes dienen.¹ Bloße Tätigkeiten zum Zwecke der Kostenersparnis vermögen keinen Nebenbetrieb zu begründen.² Unter dem Erfordernis der organisatorischen Verbundenheit ist eine Aufeinanderabstimmung des inneren Geschäftsbetriebes beider "Unternehmen" zu verstehen.³ Dies kann sich z.B. in einem zusammengefaßten Rechnungswesen, gemeinsamen Einkauf und gemeinsamer Geschäftsleitung (Personalabteilung) äußern.⁴ Wie weit diese organisatorische Verbundenheit gehen muß, läßt sich nicht allgemein angeben; man wird es aber so formulieren können, daß ein Nebenbetrieb dann vorliegt, wenn der ersatzlose Wegfall des Hauptbetriebes nur eine Ergänzung der inneren Organisation des Nebenbetriebes notwendig macht,⁵ d.h. bei örtlicher und organisatorischer Trennung von Haupt- und Nebenbetrieb muß dem Nebenbetrieb nur eine eigene Verwaltungsorganisation zur Verfügung gestellt werden. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, wieweit die betriebliche Eigenständigkeit des Nebenbetriebes geht, und ob es überhaupt mit dessen Wesen vereinbar ist, wenn auf eine selbständige Betriebsorganisation vollständig verzichtet, d.h. diese Funktion vom Hauptbetrieb übernommen wird. Vorweg kann festgestellt werden, daß eine gewisse Eigenständigkeit in den Leistungen und Einrichtungen nicht gänzlich fehlen darf.⁶ Dies ergibt sich aus folgenden

-
- 1) Vgl. Philipp, Fr. a.a.O., GewA 55/56, 149(152); BayVGH v. 26.11.58 THwE; OLG Hamburg v. 13.2.57 THwE; VG Kassel v. 26.4.61 GewA 62,136(136); OLG Hamm v. 13.6.66 GewA 67,35(36)
 - 2) Vgl. Steffens, H., a.a.O., II 1 zu § 3; Dohrn, Nebenbetrieb DB 60,1090(1091); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 10 zu § 3
 - 3) Vgl. VGH Bad.-W. v. 16.12.70 GewA 71,159(160)
 - 4) Vgl. Fröhler, L., Anm. zu VG Neustadt, GewA 71,11(11)
 - 5) Vgl. Baudisch, R., a.a.O., GewA 65,271(218); OVG Koblenz v. 13.10.71 GewA 72,15(17)
 - 6) Vgl. Fröhler, Frischfleischverkauf, GewA 63,145(149); OVG Rheinland-Pfalz v. 18.2.70 GewA 71,87(87); VGH Bad.-W. v. 25.3.70 GewA 70,249(250); unklar BVerwG v. 25.9.69 GewA 70, 10(10)

Überlegungen: Unter dem Begriff "Betrieb" wird im Gewerbe-
recht im allgemeinen die ein Unternehmen darstellende wirt-
schaftliche Einheit mit allen ihren Betriebsräumen, Betriebs-
einrichtungen und Leistungen verstanden.¹ Hieraus ergibt
sich eben die Abgrenzung zu anderen Betrieben und damit die
gewisse Eigenständigkeit. Weitere Indizien hierfür sind
nach Baudisch in der Handwerksordnung selbst gegeben. Er
sieht diese in der besonderen Privilegierung handwerklicher
Neben- und Hilfsbetriebe und in der Gegenüberstellung von
Haupt-, Neben- und Hilfsbetrieben in §§ 2,3 HO.² Er hat
Recht, wenn er damit behauptet, daß diese Erscheinungs-
formen durch unterscheidbare Merkmale gekennzeichnet sein
müssen, jedoch ergibt sich auch daraus, wie er selbst dar-
stellt, noch keine Beantwortung der Frage nach der Tiefe
der Selbständigkeit und deren Wesen. Es wird aber als rich-
tig zu bezeichnen sein, daß an die Selbständigkeit der
internen Geschäftsführung und Organisation keine besonderen
Anforderungen zu stellen sind. Wenn er dies damit begründet,
daß die Organisation eines Betriebes weitgehend von Willen
und Organisationsgeschick des Inhabers abhängt,³ und damit
dem einzelnen Gewerbetreibenden es überlassen bleiben würde,
ob und inwieweit die einschlägigen Zulassungsvoraussetzungen
Anwendung finden würden, so kann dem nicht gefolgt werden.
Es ist zwar richtig, daß dem Willen des Gewerbetreibenden
unmittelbar keine Bedeutung zukommt, jedoch werden die Aus-
wirkungen des Willens, wie sie sich in der tatsächlichen
Gestaltung eines Unternehmens offenbaren, zu beachten sein,
denn die Entscheidung hat sich nach offensichtlichen, tat-
sächlichen Sachverhalten zu richten. Der Grund, warum an
den Nebenbetrieb diesbezüglich keine besonderen Anforderungen
zu stellen sind, liegt vielmehr darin begründet, daß eine
zu weitgehende Selbständigkeit auf das Vorliegen zweier
unabhängiger Unternehmen deuten würde.

1) So Baudisch, R., a.a.O., GewA 65,217(218)

2) Vgl. Baudisch, R., a.a.O., GewA 65,217(218)

3) Dieselbe - abzulehnende - Argumentation findet sich
im Urteil des BVerwG v. 25.9.69 GewA 70, 10(10)

Entscheidend für die Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenbetrieb ist die Beantwortung der Frage, ob und wieweit beide Betriebe fachlich verbunden sind. Und an diesem Punkt treten die verschiedensten Meinungen auf. Zunächst herrscht noch weitgehend Einigkeit darüber, daß zwischen Haupt- und Nebenbetrieben fachliche Berührungspunkte vorliegen müssen.¹ Dieses Erfordernis läßt sich mit verschiedenen Argumenten begründen. Zunächst ergibt sich dies aus der Entstehungsgeschichte des § 2 Nr. 3 HO. Diese Regelung geht auf die 3. HwVO vom 18.1.1935 zurück. Bereits damals wurde das Erfordernis der fachlichen Verbundenheit verlangt. Wenn nun der Gesetzgeber in Kenntnis dieser Tatsache die gleiche Fassung dieser Vorschrift in die Handwerksordnung übernimmt, so läßt sich daraus schließen, daß er dieser Rechtsauslegung nicht entgegentreten will. Aber auch aus der Handwerksordnung selbst läßt sich dieses Verlangen rechtfertigen: Die Handwerksordnung wird vom Befähigungsgedanken in der Form der Identität von Meister und Betriebsinhaber beherrscht. Die Privilegierung der Inhaber handwerklicher Nebenbetriebe stellt damit die Ausnahme von der Regel dar. Nach allgemeinen Auslegungsregeln sind nun Ausnahmenvorschriften eng auszulegen. Darüber hinaus läßt sich bei teleologischer Auslegung des Begriffes auch nur eine enge Betrachtungsweise rechtfertigen, denn ansonsten könnten die Sonderregelungen bezüglich der Nebenbetriebe zu einer Umgehung der Leitprinzipien der Handwerksordnung mißbraucht werden, was auch zu verfassungsrechtlichen Bedenken Anlaß geben könnte.²

Es ist also davon auszugehen, daß zwischen Haupt- und Nebenbetrieb ein fachlicher Zusammenhang zu bestehen hat; fraglich bleibt, wie diese Beziehung sich darstellen muß.

-
- 1) Vgl. Baudisch, R., a.a.O., GewA 65,217(218) mit weiteren Nachweisen; großzügig Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 5 zu § 3; OVG Hamburg v. 5.12.61 GewA 62,225; VGH Bad.-W. v. 25.3.70 GewA 70,249; VGH Bad.-W. v. 7.11.73 GewA 74, 120(120) a.A. Steffens, H., a.a.O., Anm. II 1 zu § 3; LVG Rheinland-Pfalz v. 18.3.51 DVB1. 51,453
- 2) Diese Begründung wurde übernommen von Baudisch, R., a.a.O., GewA 65,217(218)

Die engste Auffassung ist wohl dergestalt, daß Branchengleichheit oder auch nur Branchenähnlichkeit beider Betriebe verlangt wird. Da eine solche Ansicht nicht den Bedürfnissen und Notwendigkeiten des Wirtschaftslebens entspricht, wird sie allgemein als zu eng abgelehnt.¹ Unter fachlichen Zusammenhang wird man vielmehr eine sortimentsmäßige Beziehung zwischen den Erzeugnissen, Leistungen oder Waren des Hauptbetriebes und den Erzeugnissen, Leistungen oder Waren des Nebenbetriebes,² also eine "innere Beziehung"³ zwischen den "Angeboten" beider Betriebe, zu verstehen haben. Bei der Beurteilung der "Beziehungen" wird dabei der allgemeinen wirtschaftlichen Fortentwicklung und der Verkehrsauffassung Bedeutung zukommen.⁴ Vom Standpunkt der Lebensbedürfnisse der Kundschaft müssen sich die "Angebote" von Haupt- und Nebenbetrieb ähnlich sein; ein Mindestmaß an Branchenverträglichkeit wäre daher zu fordern.⁵ Zusammenfassend läßt sich für den handwerklichen Nebenbetrieb folgendes feststellen: Er ist mit einem anderen Betrieb desselben Inhabers⁶ in der Form verbunden, daß er

- a. den wirtschaftlich-unternehmerischen Zwecken des Hauptbetriebes dient, dessen Wirtschaftlichkeit und damit den Gewinn steigert (wirtschaftliche Verbundenheit)

-
- 1) Vgl. Fröhler, Nebenbetrieb, GewA 55/56, 80(82); Philipp, Fr., a.a.O., GewA 55/56, 149(152); Britze, H.-H., a.a.O., S. 152
 - 2) Vgl. Philipp, Fr., a.a.O., GewA 55/56, 149(152); Britze, H.-H., a.a.O., S. 152 mit weiteren Hinweisen; Fröhler, Frischfleischverkauf, GewA 63, 145(148f); VG Ansbach v. 9.6.61, GewA 62, 137 unter Hinweis auf BayVGH v. 19.7.58 VGH n.F. 11, 99
 - 3) So Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 5 zu § 3
 - 4) Vgl. Baudisch, R., a.a.O., GewA 65, 217(219), und in Anlehnung hieran Siegert-Musielak, Anm. 6 zu § 3
 - 5) Vgl. OVG Hamburg v. 31.1.61 GewA 61, 116(116); OVG Hamburg v. 5.12.61 GewA 62, 225; BVerwG v. 6.12.63 GewA 64, 107 (107) (im Ergebnis allerdings wohl zu weitgehend); Möschel, W., a.a.O., DB 70, 2205(2209)
 - 6) Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 9 zu § 3, fordern, daß Haupt- und Nebenbetrieb ein und demselben Rechtssubjekt zugehören; Siegert-Musielak, Anm. 3 zu § 3, sind gegenständlicher Auffassung; eine Mittelstellung nimmt Baudisch, R., a.a.O., GewA 65, 217(218 Anm. 8) ein

- b. in seinem inneren Geschäftsbetrieb auf den Hauptbetrieb abgestimmt ist (organische Verbundenheit)
- c. durch sein Betriebsprogramm unter Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung und damit der Verbraucherwünsche eine von fachlichen Gesichtspunkten aus sinnvolle Vervollständigung des Betriebsprogrammes des Hauptbetriebes darstellt (fachliche Verbundenheit).^{1,2}

32. Die Kriterien eines handwerklichen Hilfsbetriebes

321. Die Beziehungen zum Hauptbetrieb

Während die Merkmale eines handwerklichen Nebenbetriebes überwiegend durch Auslegung zu ermitteln sind, hat der Gesetzgeber den Begriff "Hilfsbetrieb" umfassend umschrieben, wodurch bei der Begriffsbestimmung und Abgrenzung kaum Schwierigkeiten auftreten.

Zunächst besitzt der Hilfsbetrieb - logischerweise - die Eigenschaften, die jeder andere Betrieb auch besitzt, er stellt also eine in sich abgrenzbare Größe dar, die in ihrem Programm und ihren Einrichtungen eine gewisse Eigenständigkeit aufweist.³ Jedoch werden an diese Eigenständigkeit keine großen Anforderungen zu stellen sein, da § 3 Abs. 3 HO die Unselbständigkeit als Kriterium des Hilfsbetriebes anführt. Unselbständigkeit bedeutet hier nicht nur, daß der Hilfsbetrieb keiner vom Inhaber des Hauptbetriebes verschiedenen Rechtsperson "gehören" darf, sondern sie ist vielmehr in einem wirtschaftlich-technischen Sinn zu sehen: Der Hilfsbetrieb wird durch eine extrem enge

1) Die Zusammenfassung wurde übernommen von Baudisch, R., a.a.O., GewA 65,217(221)

2) Absurd daher die Auffassung von Steffens, H., a.a.O., Anm. II 1 zu § 3, nach der eine Kraftfahrzeugreparaturwerkstätte als Nebenbetrieb zu einem Kolonialwarenhandel aufgefaßt werden kann. Ebenso verfehlt ist die Entscheidung des OVG Lüneburg v. 19.12.73 GewA 75,24 nach der ein Kraftfahrzeugreparaturbetrieb Nebenbetrieb (nicht Hilfsbetrieb, da Reparaturen für Dritte ausgeführt werden) eines Speditions- und Transportunternehmens sein kann.

3) So auch Baudisch, R., a.a.O., GewA 65,217(213)

Verbundenheit in wirtschaftlicher und organisatorischer Sicht zum Hauptbetrieb gekennzeichnet. Grundsätzlich ist daher für die Qualifizierung eines Betriebes als Hilfsbetrieb erforderlich, daß dieser ausschließlich einen Hauptbetrieb und dessen Leistungen an Dritte ergänzt, ohne daß ein Austausch von Leistungen zwischen dem Hilfsbetrieb und Dritten selbst stattfindet.¹ Dem Hilfsbetrieb mangelt es an einem unmittelbaren Leistungsaustausch mit Dritten, er hat keinen (unmittelbaren) Zugang zum Markt. Drittbezogenheit des Hilfsbetriebes kann - wenn überhaupt - nur in den engen Grenzen des § 3 Nr. 2 HO stattfinden. Der Hilfsbetrieb arbeitet damit primär nur für den Hauptbetrieb oder mehrere dem gleichen Inhaber gehörende Betriebe. Dadurch wird die Existenz des Hauptbetriebes ständige Voraussetzung des Hilfsbetriebes. Schließt der Hauptbetrieb, so muß der Hilfsbetrieb (im Gegensatz zum Nebenbetrieb) dessen Schicksal teilen.² Hieraus folgt, daß ihm keine eigene (im Sinne von selbständig) wirtschaftliche Bedeutung zukommt,³ sein Hauptzweck vielmehr im Arbeiten für den Hauptbetrieb liegt. Seine Leistungen sind regelmäßig für den Hauptbetrieb bestimmt und nicht für Dritte. Damit hat der Hilfsbetrieb dienenden Charakter,⁴ er übernimmt Hilfsfunktionen.⁵ Der Sinn der Angliederung eines Hilfsbetriebes

1) So auch Britze, H.-H., a.a.O., S. 158

2) Vgl. Fröhler, Nebenbetrieb, GewA 55/56,80(81); Britze, H.-H., a.a.O., A. 159; Siegert-Musielak, Anm. 13 zu § 3; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 9,10 zu § 3

3) Vgl. Fröhler, Nebenbetrieb, GewA 55/56,80(81); Baudisch, R., a.a.O., GewA 65,217(220); Hartmann-Philipp, a.a.O., Anm. 7 zu § 3

4) So Fröhler, Nebenbetrieb, GewA 55/56,80(81)

5) Eine andere - abzulehnende - Auffassung vertreten Eyer-
mann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 5 zu § 3. Dort wird von
einer "Hilfsfunktion des Nebenbetriebes" gesprochen, und
als Beispiele hierfür werden Reparaturbetriebe und
Emballagenherstellung genannt. Wenn der "Nebenbetrieb"
(nur) für den Hauptbetrieb arbeitet, dann fehlt es an
der notwendigen Drittbeziehung; es kann demnach höchstens
ein Hilfsbetrieb im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 1 HO vor-
liegen. Dies wird dort verkannt.

liegt demnach in der Absicht der Kostenersparnis begründet.¹ Erzielt werden kann diese Kostenersparnis etwa durch Verbesserung und Instandhaltung und -setzung der Gegenstände des Hauptbetriebes oder auch die Produktion von für den Hauptbetrieb wesentlichen Waren.² Der Hilfsbetrieb muß folglich - im Unterschied zum Nebenbetrieb - keine fachlichen Beziehungen zum Hauptbetrieb besitzen.³ Dies ergibt sich auch aus dessen Bezeichnung, die darauf hindeutet, daß es sich hier um eine Unterstützung der Leistungen des Hauptbetriebes handelt.

322. Die Unterschiede zum Hauptbetrieb

Die Abgrenzung Hauptbetrieb/Hilfsbetrieb bereitet in der Praxis keine Schwierigkeiten, da sich die Unterschiede bereits deutlich aus der Bezeichnung ergeben: Hier liegt ein wirtschaftlich und unternehmerisch unabhängiger Betrieb vor, der seine Leistungen und Waren jedem Dritten anbieten kann, dort handelt es sich um einen Betrieb, dessen Grundlage in der Existenz eines anderen begründet liegt, von dem er in jeder Beziehung abhängig ist, dem er zu "dienen" hat. Der Hauptbetrieb bezweckt einen Gewinn; dieser Gewinnsteigerung soll der Hilfsbetrieb dienen, er soll den Hauptbetrieb leistungsfähiger, wirtschaftlicher und rentabler gestalten, also Kosten ersparen.

323. Die Unterschiede zum Nebenbetrieb

Der augenscheinlichste Unterschied zwischen Neben- und Hilfsbetrieb liegt in der Drittbezogenheit des Nebenbetriebes, die bei einem Hilfsbetrieb - wenn überhaupt - nur in den engen Grenzen des § 3 Abs. 3 Nr. 2 HO stattfindet. Dem Hilfsbetrieb mangelt es an einem unmittelbaren Leistungsaustausch mit Dritten, er hat dienenden Charakter und übernimmt Hilfsfunktionen. Er ist wirtschaftlich nur möglich,

1) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 15 zu § 3

2) Zu denken wäre etwa an die Kraftfahrzeugreparaturwerkstatt des Speditionsunternehmens oder die Herstellung von Emballagen ausschließlich für Zwecke der Verwendung durch den Hauptbetrieb

3) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 12 zu § 3

weil und solange ein Hauptbetrieb vorliegt, ein Nebenbetrieb bedarf dagegen bei Wegfall des Hauptbetriebes nur einer Ergänzung der inneren (Verwaltungs-) Organisation. Die organisatorische Verbundenheit ist beim Nebenbetrieb weniger eng als beim Hilfsbetrieb. Schließlich müssen beim Hilfsbetrieb keine fachlichen Beziehungen zum Hauptbetrieb bestehen.

3. Kapitel

Die subjektiven Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle

1. Überblick über die Zulassungsvoraussetzungen der Handwerksordnung¹

Wurden in dem vorhergehenden Kapitel die objektiven Grundlagen des handwerklichen Gewerbezulassungsrechts,² die zulassungspflichtigen Tatbestände dargestellt, so wird dieses Kapitel die subjektiven Grundlagen des handwerklichen Gewerbezulassungsrechts, d.h. die vom Zuzulassenden zu erfüllenden Voraussetzungen zum Inhalt haben.

Hierzu soll in diesem ersten Abschnitt zunächst ein Überblick über die (subjektiven) Eintragungsvoraussetzungen der Handwerksordnung gegeben werden.

Seit der Dritten Handwerksverordnung vom 18.1.1935 ist der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe ausnahmslos von der Eintragung in der Handwerksrolle abhängig.³ In materieller Hinsicht bedarf es hierzu grundsätz-

- 1) Bei bestimmten Handwerken müssen noch zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. hierzu auch: Joly, Wolfgang, Recht der Gewerbe, Loseblattsammlung, Köln): Schmied, soweit er den Huf- und Klauenbeschlag ausüben will, vgl. § 1 des Gesetzes über den Hufbeschlag v. 20.12.1940 (RGBl. I S. 3) i.V.m. §§ 2,7,20 der Hufbeschlagverordnung v. 14.12.1965 (BGBl. I S. 2095); Büchsenmacher, soweit er Schußwaffen und Munition herstellen will, vgl. §§ 7,8 Waffengesetz v. 19.9.1972 (BGBl. I 179), gilt nicht in Berlin; Metallhandwerker, soweit er unedle Metalle zur Weiterveräußerung (auch nach Be- oder Verarbeitung) erwerben will, vgl. § 1 des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen v. 23.7.1926 (RGBl. I S. 415). Nach §§ 2,3 des Schornsteinfegergesetzes v. 15.9.1969 (BGBl. I S. 1634,2432) darf als selbständiger Schornsteinfeger nur tätig werden, wer zum Bezirksschornsteinfeger bestellt ist.
- 2) Es erscheint hier richtiger - entgegen Fröhler, der von objektiven und subjektiven Grundlagen des handwerklichen Berufszulassungsrechts (vgl. Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 11,43) spricht -, den Terminus "Gewerbezulassungsrecht" zu verwenden, da sich die Abhandlungen in beiden Fällen lediglich auf die Zulassung zur selbständigen Handwerksausübung beschränken.
- 3) Vgl. § 1 der 3. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks (RGBl. I S. 15) i.d.F. der Verordnung v. 22.1.36 (RGBl. I S. 42)

lich eines Befähigungsnachweises des Betriebsinhabers und zwar in dem Handwerk, welches ausgeübt werden soll. Diese nicht speziell national-sozialistische Regelung¹ wurde auch in die geltende Handwerksordnung bzw. deren Vorgängerinnen übernommen. Der Gesetzgeber hat ein öffentliches Interesse für die Einführung des Befähigungsnachweises zur selbständigen Ausübung eines Handwerks als stehendes Gewerbe bejaht,² und dieses darin gesehen, daß nur so der Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des Handwerks und die Ausbildung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft gewährleistet werden kann.³ Der Befähigungsnachweis ist grundsätzlich durch eine Meisterprüfung in dem betreffenden Handwerk zu führen (§ 7 Abs. 1 HO).^{4,5} Diese Prüfung wird nach § 47 Abs. 1 HO durch Meisterprüfungsausschüsse abgenommen, die staatliche Prüfungsbehörden darstellen (§ 47 Abs. 1 S. 2 HO) und sich aus selbständigen (§ 48 Abs. 3 HO) und unselbständigen Handwerkern (§ 48 Abs. 4 HO) sowie eventuell Nichthandwerkern (§ 48 Abs. 2, 5 HO) zusammensetzen. Die Zulassung zur Meisterprüfung setzt voraus, daß eine Gesellenprüfung abgelegt und in dem Handwerk, in dem die Meisterprüfung abgelegt werden soll, eine mehrjährige Tätigkeit als Geselle ausgeübt wurde (§ 49 Abs. 1 HO). Die Handwerksordnung beharrt aber nicht auf diesem

1) Vgl. die Ausführungen auf S. 74 ff

2) Der Grund dieser Beschränkung ist wohl in der geschichtlichen Entwicklung des Handwerks zu sehen; wird doch Seßhaftigkeit und Ortsgebundenheit als dem Handwerksbegriff zugehörend betrachtet. Durch diese Beschränkung offenbart sich auch, daß der Publikumsschutz (Gefährlichkeit der einzelnen Handwerke) nicht der entscheidende Grund für den generellen Befähigungsnachweis war. (So Eyermann-Fröhler-Honig, Anm. 36 zu § 1)

3) Vgl. Ausschlußbericht 1953, I Nr. 3. Kritisch zu dieser These äußert sich Tuchtfeldt, E., a.a.O., S. 83 ff

4) Diese Regelung ist mit dem Grundgesetz vereinbar, vgl. BVerfG v. 17.7.61 BVerfGE 13,97 = GewA 61,157 = NJW 61, 2011 = DVBl. 61,818 = JZ 61,701; "bestätigt" in BVerfG v. 14.12.65 BVerfGE 19,330 = NJW 66,291 = BB 66,13

5) Interessant die Aufforderung (?) von Honig, als maßgeblichem Vertreter der Handwerksorganisationen, das Prinzip des Großen Befähigungsnachweises einer gewissen Modifizierung zugunsten ungefährlicher Handwerke zugänglich zu machen. (Vgl. Honig, Gerhart, 20 Jahre Handwerksordnung, GewA 73,225(228))

stufenweisen Aufbau der Ausbildung, sondern sieht auch andere Ausbildungswege vor, und erleichtert damit wesentlich die Zulassungsvoraussetzungen für die Meisterprüfung (und auch die Gesellenprüfung).¹

Im Interesse der Erleichterung des Zugangs zur (selbständigen) Gewerbeausübung beinhaltet die Handwerksordnung weitere Abweichungen von dem Grundsatz des Nachweises der Befähigung durch die einschlägige Meisterprüfung. So wurde durch die Novelle vom 9.9.1965 die Ermächtigungsgrundlage dafür geschaffen, daß der Bundesminister für Wirtschaft durch Rechtsverordnung andere, der Meisterprüfung für die Ausübung des betreffenden Handwerks mindestens gleichwertige Prüfungen als ausreichende Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle anerkennen und dabei bestimmen kann, daß eine zusätzlich praktische Tätigkeit nachzuweisen ist (§ 7 Abs. 2 HO).² Von dieser Ermächtigung wurde bisher nur einmal Gebrauch gemacht, und zwar erging - nach etwa 5 Jahren - am 16. Okt. 1970 (BGBl. I S. 1401) die "Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meister-Prüfung." In ihr werden für den hier interessierenden Bereich bestimmte Diplom-Hauptprüfungen an einer deutschen wissenschaftlichen Hochschule und Abschlußprüfungen an einer deutschen staatlichen oder staatlich anerkannten Ingenieurschule für bestimmte Handwerke, deren Arbeitsgebiet dem jeweiligen Fachgebiet entspricht, als gleichwertige Prüfungen im Sinne des § 7 Abs. 2 HO anerkannt. Die Inhaber solcher Zeugnisse können aber erst nach Erfüllung einer zusätzlichen Voraussetzung in die Handwerksrolle eingetragen werden; sie müssen die Gesellenprüfung in dem zu betreibenden Handwerk oder in einem mit diesem verwandt erklärten Handwerk oder eine entsprechende Abschlußprüfung bestanden haben oder in dem zu betreibenden Handwerk oder in einem mit diesem

1) Vgl. §§ 49, 37 HO

2) Die Ermächtigung begegnet wegen der Unbestimmtheit der Dauer der praktischen Tätigkeit gewissen verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG. Die Literatur hat sich damit, soweit ersichtlich, noch nicht befaßt.

für verwandt erklärten Handwerk mindestens drei Jahre praktisch tätig gewesen sein.^{1.2}

Um auftretende Härten zu vermeiden, wird in die Handwerksrolle ferner eingetragen, wer eine Ausnahmegewilligung für das zu betreibende Handwerk oder für ein diesem verwandtes Handwerk besitzt (§ 7 Abs. 3 HO). Das Verfahren der Erteilung einer Ausnahmegewilligung wird in § 8 HO geregelt.

-
- 1) Vgl. § 1 der erwähnten Verordnung
 - 2) Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung (§ 7 Abs. 3 HO) ist in den Fällen, bei denen die geforderte Gesellenprüfung, eine gleichwertige Abschlußprüfung oder die praktische Tätigkeit von mindestens drei Jahre fehlen, wohl aus mehreren Gründen nicht möglich: Der Gesetzgeber, d.h. in diesem Fall der Verordnungsgeber, geht - im Rahmen seiner Ermächtigung bleibend - davon aus, daß es zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 7 Abs. 2 HO einer zusätzlichen einschlägigen praktischen Tätigkeit bedarf. Dann, und nur dann sind die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle gegeben (... wird anerkannt als Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle, sofern ...). Hieraus ist die Absicht des Gesetzgebers zu erkennen, daß - negativ gesehen - ohne diese praktische Tätigkeit eine Eintragung in die Handwerksrolle nicht erfolgen soll (und damit auch die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ausgeschlossen werden soll); die Erteilung einer Ausnahmegewilligung würde daher gegen den erkennbaren Willen des Gesetzgebers verstoßen. Es ist auch nicht einzusehen, daß, wenn die Abschlußprüfung nicht direkt für die Eintragung in die Handwerksrolle genügen soll, sie für eine Ausnahmegewilligung und damit indirekt der Voraussetzung für die Eintragung genügen soll. Hierfür läßt sich kein Grund erkennen. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung würde aber auch daran scheitern, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die Abschlußprüfung nach § 1 der VO für den Fall der Ablegung einer einschlägigen Meisterprüfung nur für die Befreiung vom Teil II - Prüfung der fachtheoretischen Kenntnisse - der Meisterprüfung reicht. Damit wird ausgedrückt, daß eine Abschlußprüfung ohne die geforderte praktische Tätigkeit einer Meisterprüfung nicht gleichwertig ist. Wird zusätzlich berücksichtigt, daß die Ausnahmegewilligung der Meisterprüfung in den Anforderungen gleichwertig sein soll (vgl. die Ausführungen auf S.203ff), so kann die bloße Abschlußprüfung auch der Ausnahmegewilligung nicht gleichwertig sein. Die Erteilung einer solchen Bewilligung scheitert schließlich daran, daß mangels der praktischen Tätigkeit ihre Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Literatur und Rechtsprechung haben sich, soweit ersichtlich, noch nicht mit diesem Problem befaßt.

In Abs. 4 des § 7 HO werden die Voraussetzungen der Handwerksrollen-Eintragung von juristischen Personen und Personengesellschaften genannt. Danach ist eine juristische Person eintragungsfähig, wenn der Betriebsleiter den Voraussetzungen genügt.¹ Bei Personengesellschaften genügt es seit der Novelle von 1965, daß für die technische Leitung ein persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist, der eintragungsfähig ist.²

Nach Abs. 5 wird der Inhaber eines handwerklichen Nebenberufes in die Handwerksrolle eingetragen,³ wenn der Leiter des Nebenbetriebes den Voraussetzungen der Eintragung genügt.¹ Das Prinzip des Inhaber-Befähigungsnachweises wird damit in der Regel durchbrochen.

Abs. 6 beinhaltet das sog. Ehegatten- oder Erbenprivileg: Nach dem Tode eines selbständigen Handwerkers werden der Ehegatte und die Erben in die Handwerksrolle eingetragen, soweit sie den Betrieb nach den Vorschriften des § 4 HO fortführen. Der Überlebende Ehegatte, wegen Art. 3 GG gilt dies gleichermaßen für Mann und Frau, wird dadurch privilegiert, daß er auf Lebenszeit den Betrieb fortführen darf, ohne selbst jemals einen Befähigungsnachweis erbringen zu müssen. (Durchbruch des Prinzips des Inhaber-Befähigungsnachweises.) Nach Ablauf eines Jahres seit dem Tode des selbständigen Handwerkers muß allerdings ein Betriebsleiter vorhanden sein, der den Voraussetzungen der Handwerksrollen-Eintragung genügt; vorher muß grundsätzlich kein "Befähigter" im Nebenberuf tätig sein. Erben werden dadurch privilegiert, daß sie grundsätzlich bis zur Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres den Betrieb fortführen dürfen, ohne selbst den Nachweis ihrer Befähigung führen zu müssen. In der Regel nach Ablauf eines Jahres seit dem Tode des selbständigen Handwerkers müssen aber auch sie einen, die subjektiven Voraus-

- 1) Zum Leiterprinzip vgl. die Ausführungen auf S. 316 ff
- 2) Personengesellschaften sind nach § 1 Abs. 1 HO Personengesellschaften, Handelsgesellschaften und Gesellschaften des bürgerlichen Rechts
- 3) Zu den Kriterien des Nebenbetriebes vgl. die Ausführungen auf S. 168 ff
- 4) Vgl. § 4 Abs. 2 S. 2 HO

setzungen der Handwerksrollen-Eintragung erfüllenden Betriebsleiter beschäftigen. Der Betrieb darf auch vom Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter oder Nachlaßpfleger fortgeführt werden (§ 4 Abs. 1 HO). Stirbt der für die technische Leitung verantwortliche persönlich haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft, so dürfen der Ehegatte oder der Erbe bis zur Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres, die Leitung des Betriebes für die Dauer eines Jahres übernehmen, ohne den (subjektiven) Voraussetzungen der Eintragung in Form eines Befähigungsnachweises zu genügen (§ 4 Abs. 3 HO). Diese Frist kann in Härtefällen verlängert werden. Zur Verhütung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit kann die Fortführung des Betriebes nach dem Tode des selbständigen Handwerkers davon abhängig gemacht werden, daß ein Handwerker den Betrieb leitet, der den Voraussetzungen der Eintragung genügt. Auch hier werden die erwähnten Prinzipien des (Inhaber-)Befähigungsnachweises durchbrochen.

Eine weitere Sonderregelung gilt nach Abs. 7 für Vertriebene und Sowjetzonenflüchtlinge, die vor ihrer Vertreibung oder Flucht eine der Meisterprüfung gleichwertige Prüfung außerhalb des Geltungsbereiches der Handwerksordnung bestanden haben.¹

Durch die Novelle des Jahres 1965 wurde in die Handwerksordnung wieder der Begriff des verwandten Handwerks aufgenommen.² Hierunter sind nach der Legaldefinition in § 7 Abs. 1 S. 2 HO Handwerke zu verstehen, die "sich so nahe stehen, daß die Beherrschung der wesentlichen Kenntnisse und Fertigkeiten des einen Handwerks die fachgerechte Ausübung des anderen Handwerks gewährleistet." Hatte der Gesetzgeber der ursprünglichen Handwerksordnung von 1953 noch geglaubt, aus technischen und verfassungsrechtlichen

- 1) Die Feststellung der Gleichwertigkeit von Prüfungen obliegt nach herrschender Meinung mangels einer besonderen Regelung den einzelnen Handwerkskammern
- 2) Zur historischen Entwicklung der verwandten Handwerke bis zur 3.HwVO, vgl. Krings, Ernst, Verwandte Handwerke, Diss. Köln 1937, S. 17-55; zum Begriff vgl. auch die Ausführungen von Bonz, Gerhard, Zur Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft über verwandte Handwerke vom 18.12.1968, GewA 69,73

Gründen dieses Institut meiden zu müssen,¹ so setzte er 1965 diese Bedenken hintan und führte es unter dem Gesichtspunkt der besseren Anpassungsfähigkeit des Handwerks und des Handwerksbetriebes, der wirtschaftlich und fachlich sinnvollen Auflockerung der Zulassungsbeschränkungen und um Abgrenzungsstreitigkeiten zwischen einzelnen Handwerksbetrieben und -gruppen zu vermeiden,² in die Handwerksordnung ein,³ und stellte damit diejenige Rechtslage wieder her, wie sie nach der 3. HwVO⁴ bestanden hatte. Was die Zulassungsregelungen betrifft, so bringt dieses Institut die Ausnahme von der Regel, daß für jedes zu betreibende Handwerk der Befähigungsnachweis zu erbringen sei. Ihre Rechtfertigung findet diese Ausnahme darin, daß die auch für das 'verwandte Handwerk' zu fordernde Befähigung in diesen Fällen durch die Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen für das bisher ausgeübte Handwerk in ausreichender Form nachgewiesen ist. Dies bedeutet, daß die Eintragung mit dem zum bisher ausgeübten Handwerk verwandten Handwerk ohne jeglichen weiteren Befähigungsnachweis erfolgt. Diese Regelung kommt nach § 7 HO in Frage für den Fall einer abgelegten Meisterprüfung und einer (Voll-)Ausnahmebewilligung. Sie gilt auch für juristische Personen, Personengesellschaften und handwerkliche Nebenerwerbsbetriebe, soweit der (die) Leiter eine Meisterprüfung angelegt hat (haben) oder eine (Voll-)Ausnahmebewilligung besitzt (besitzen). Die Aufnahme in die Handwerksrolle mit einem verwandten Handwerk ist dagegen nicht möglich für Vertriebene und Sowjetzonenflüchtlinge, bei Eintragungen nach dem Ehegatten- und Elternprivileg und nach § 119 HO. Sie entfällt ebenso bei den gleichwertigen Prüfungen des § 7 Abs. 2 HO. In diesen letzten Fällen ergibt sich aber ein Ausgleich dadurch, daß hier ein

1) Vgl. Ausschlußbericht 1953, I Nr. 19

2) Zur Begründung vgl. Ausschlußbericht 1965, I 1 b

3) Das Verzeichnis der verwandten Handwerke findet sich in der "Verordnung über verwandte Handwerke" vom 18. Dez. 1968 (BGBl. I S. 1355)

4) Vgl. § 3 Abs. 1 d.VO

und derselbe Ausbildungsgang als gleichwertig für verschiedene Handwerke gilt.¹

Die Eintragungsvoraussetzungen gelten für In- und Ausländer in gleichem Maße. Lediglich für Angehörige der (übrigen) EWG-Mitgliedstaaten gilt die Regelung des § 9 HO, nach der jenen Staatsangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen² für bestimmte Handwerke, außer in den Fällen des § 8 Abs. 1 HO, eine Ausnahmegewilligung zu erteilen ist.³

Damit sind sämtliche Möglichkeiten der Eintragung, die § 7 HO nennt, aufgeführt; es handelt sich hierbei aber um keine abschließende Aufzählung:

Nach der Übergangsvorschrift des § 119 HO bleibt die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes vorhandene Berechtigung eines Gewerbetreibenden, ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbständig zu betreiben, bestehen. Diese Klausel zur Wahrung des rechtlichen Besitzstandes gilt für Veränderungen der Anlage A entsprechend.

Weitere Sonderregelungen für Vertriebene und Wiedergutmachungsberechtigte finden sich in dem Bundesvertriebenen-gesetz.⁴ Nach § 71 BVFG sind Vertriebene und Sowjetzonen-flüchtlinge auf Antrag in die Handwerksrolle der zuständigen Kammer einzutragen, soweit sie glaubhaft machen, daß sie vor der Vertreibung ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbständig betrieben oder die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen besessen haben.^{5,6}

- 1) Vgl. die Aufstellung in § 1 der Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung vom 16.Okt. 1970 (BGBl. I S. 1401)
- 2) Vgl. Verordnung über die für Staatsangehörige der übrigen Mitgliedstaaten der Europ. Wirtschaftsgemeinschaften geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle (VO Handwerk EWG) v. 4.Aug.1966 (BGBl. I S. 469)
- 3) Diese Regelung ist nach BVerwG v. 22.1.70 GewA 70,129 = DÖV 70,826 = DVBl. 70,621 mit dem Grundgesetz vereinbar
- 4) Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz - BVFG) i.d.F. v. 3.9.1971 (BGBl. I S. 1566)
- 5) Vgl. hierzu Büttner, Erhard, Die Eintragung von Vertriebenen und Heimatvertriebenen, Sowjetzonenflüchtlingen, Aussiedlern und heimatlosen Ausländern in die Handwerksrolle, GewA 66,265
- 6) Zum Problem der Anerkennung von Prüfungen von Vertriebenen und Sowjetzonenflüchtlingen (§ 92 BVFG), vgl. Kuhfuhs, Hanns-Peter, Anerkennung ausländischer Zeugnisse auf handwerkliche Prüfungen, BB 69,919 und BB 73,803

Liegen die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen der Eintragung vor, dann muß - wie bereits angeführt - die Erlaubnis erteilt werden. Für eine Ermessensentscheidung seitens der Handwerkskammer besteht kein Raum; auch darf sie die Eintragung nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig machen. Eine hiervon abweichende Meinung vertreten Siegert-Musielak bezüglich der Zuverlässigkeit (im Sinne des § 35 GewO) eines in die Handwerksrolle Einzutragenden.² Sie sind der Auffassung, daß es widersinnig wäre, die Handwerkskammer zur Eintragung eines Antragstellers für verpflichtet anzusehen, wenn feststeht, daß die Ausübung des Gewerbes notwendigerweise nach § 35 GewO untersagt werden muß. Deshalb solle aber die Zuverlässigkeit nicht den Rang einer Eintragungsvoraussetzung annehmen und die Handwerkskammer weder berechtigt noch verpflichtet sein, von Amts wegen Nachforschungen in dieser Richtung anzustellen. Die Kammer habe aber das Recht, eine Eintragung abzulehnen, wenn die Unzuverlässigkeit des Antragstellers offenkundig sei. Der sich aus § 7 HO formal ergebenden Berechtigung, die Eintragung zu fordern, könne in solchen Fällen die Einrede der Arglist entgegengehalten werden, denn arglistig handle, wer in Ausnutzung einer formalen Rechtsposition etwas verlange, was er sofort wieder zurückgeben muß.

Diesem Ergebnis kann aus verschiedenen Gründen nicht zugestimmt werden: Zunächst wird gegen die Begründung einzuwenden sein, daß sie widersprüchlich in sich ist. Einerseits soll die Zuverlässigkeit nicht als Eintragungsvoraussetzung anzusehen sein, andererseits soll die Ablehnung der Eintragung aber mit offensichtlicher Unzuverlässigkeit begründet werden können. Damit wird jedoch das Kriterium der Zuverlässigkeit in den Rang einer Eintragungsvoraussetzung erhoben. Hiergegen läßt sich einwenden, daß die Voraussetzungen der Aufnahme in die Handwerksrolle in der Handwerksordnung geregelt sind, dieses Spezialgesetz aber die Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden als Eintragungsvoraussetzung nicht kennt. Mithin könnte sich die interpretationsmäßige Erwei-

1) Ebenso Fröhler, Zur Eintragung, S. 30

2) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 10 zu § 7

terung der Voraussetzungen nur aus allgemeinen Rechtssätzen ergeben. Siegert-Musielak führen hierzu aber selbst aus, daß im Verwaltungsrecht kein Rechtssatz existiere, nach dem positive Voraussetzung für den Erwerb einer Erlaubnis die Nichterfüllung solcher gesetzlicher Tatbestände sei, die die Behörden zur Rücknahme der Berechtigung verpflichten würden.¹ Zudem wäre es auch bei Existenz eines solchen allgemeinen Rechtssatzes zumindest zweifelhaft, ob und wie sich dieser mit der eindeutigen Regelung der Eintragungsvoraussetzungen nach der Handwerksordnung vereinbaren ließe. Gegen die Einbeziehung einer möglichen Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO in das Verfahren der Rolleneintragung spricht auch die unterschiedliche sachliche Zuständigkeit für Handwerksrollen-Eintragung und Gewerbeuntersagung. Würde man der Handwerkskammer das Recht (und wohl auch die Pflicht?) einräumen, einen Antrag auf Eintragung wegen Mangel an Zuverlässigkeit abzulehnen, so gäbe man ihr diesbezüglich ein materielles Prüfungsrecht. Dies würde aber bedeuten, daß die Frage einer etwaigen Gewerbeuntersagung in dieses Stadium vorverlegt würde. Zudem wäre die Prüfung der Unzuverlässigkeit auf eine andere, für die Gewerbeuntersagung nicht zuständige Behörde verlagert. Prüfung und Entscheidung der Frage einer Gewerbeuntersagung stehen aber der Handwerkskammer keinesfalls zu. Ein materielles Prüfungsrecht der Kammer käme einer Präjudizierung der Entscheidung der zuständigen Behörde gleich. Weiter muß darauf verwiesen werden, daß § 35 Abs. 1 GewO, welcher die einzige allgemeine Untersagungsermächtigung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden für den Bereich des Handwerks darstellt,² nach seinem Wortlaut einer solchen Vorverlegung der Zuverlässigkeitsprüfung widerspricht; er stellt nicht auf den Beginn einer gewerblichen Tätigkeit, sondern eindeutig auf das bereits ausgeübte Gewerbe ab.³ Zudem wäre die

1) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 10 zu § 7

2) Vgl. FN 6 auf S. 5

3) So Fröhler, Ludwig, Die Bedeutung des § 35 n.F. GewO für das Handwerk, GewA 64,49(49)

durch § 35 Abs. 2 GewO eingeräumte Möglichkeit, den Gewerbebetrieb durch einen Stellvertreter führen zu lassen,¹ abgeschnitten, da der Stellvertreter nicht in die Handwerksrolle eingetragen werden kann. Es spricht aber auch die ratio der Handwerksordnung gegen diese Erweiterung der Eintragungsvoraussetzungen: Das geltende Handwerksrecht steht unter dem Leitgedanken des großen handwerklichen Befähigungsnachweises; die Erlaubnis soll also lediglich von einem Nachweis der Befähigung abhängig gemacht werden. Diese präventive Kontrolle verträgt sich nicht mit einer repräsentativen Maßnahme in Gestalt einer Untersagungsermächtigung; sie wäre systemwidrig.² Schließlich kommt nach Fröhler auch der Grundsatz des Verbots mißbräuchlicher Rechtsausübung hier nicht zur Anwendung, da er Identität des geschützten Rechtsgutes voraussetzt, der Schutzbereich des § 35 GewO jedoch ein völlig anderer ist als der der Handwerksrollen-Eintragung.³ Die Frage der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden kann und muß daher bei der Entscheidung über die Eintragung in die Handwerksrolle unberücksichtigt bleiben.⁴

Eine ganz andere Situation liegt dagegen vor, wenn einem Antragsteller rechtskräftig die Ausübung des betreffenden Gewerbes untersagt wurde. In diesem Fall hat die Handwerkskammer die Eintragung bezüglich jedes untersagten Gewerbes zu unterlassen. Nur insoweit hat sie ein Recht zur Prüfung der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden.

Die Eintragungsvoraussetzungen der Handwerksordnung werden dagegen nicht erweitert, wenn die Handwerkskammer eine beantragte Eintragung ablehnt, weil tatbestandsmäßige Eintragungsvoraussetzungen bürgerlich-rechtlicher Art nicht gegeben sind. So hat das OLG Oldenburg mit Urteil vom 27.6.1967⁵

-
- 1) Worauf auch Siegert-Musielak, Anm. 10 zu § 7, hinweisen
 - 2) Die von Fröhler (Zur Eintragung, S. 30 f) weiter angeführten "gewichtigen prozessualen Gründe gegen die von Siegert-Musielak vertretene Auffassung" begegnen Bedenken, da sie auf einer Interpretation des § 80 VwGO (Suspensiveffekt bei "angewandter Rechtsposition") beruhen, die von der h.M. nicht akzeptiert wird
 - 3) Vgl. Fröhler, Zur Eintragung, S. 31; ders., Anm. zu OVG Lüneburg v. 28.10.60, GewA 71, 79; ders., Die Bedeutung ..., a.a.O., GewA 64, 49

zu Recht entschieden, daß eine GmbH mit einem Handwerksbetrieb erst dann in die Handwerksrolle eingetragen werden kann, wenn der Nachweis ihrer Eintragung in das Handelsregister erbracht ist. Zutreffend geht hier auch Fröhler davon aus,¹ daß es sich dabei um keine außerhalb des Katalogs der §§ 7,8 HO stehende Voraussetzung handelt, denn, wenn § 7 Abs. 4 S. 1 HO die Eintragung einer juristischen Person regelt, dann ist Tatbestandsmerkmal die rechtliche Existenz einer juristischen Person. Nach § 11 Abs. 1 GmbHG entsteht eine GmbH als juristische Person aber erst durch die Eintragung in das Handelsregister; die Vorgesellschaft ist als BGB-Gesellschaft aufzufassen. In diesem Stadium kann die Eintragung in die Handwerksrolle nicht wie bei einer juristischen Person erfolgen. Eine Handwerkskammer lehnt daher die Eintragung in die Handwerksrolle vor dem Nachweis der erfolgten Handelsregister-Eintragung zu Recht aus logischen Gründen ab.

Ebenso wird der Handwerkskammer etwa ein Recht auf Prüfung der Gesellschaftsverträge zuzugestehen sein, um auf diese Weise die Kontrolle der Eintragungsvoraussetzungen (hier: Personengesellschaft oder juristische Person) zu gewährleisten. Hier handelt es sich um keine Erweiterung der Voraussetzungen, sondern um Tatbestandsmerkmale, deren Prüfung im Kompetenzbereich der Handwerkskammer liegt.

Soweit der Überblick über die (subjektiven) Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle. Nun soll ein Blick auf die Handwerksrollenstatistik geworfen werden.

Im Jahre 1973 wurden im Bundesgebiet einschließlich Berlin (West) auf Grund einer abgelegten Meisterprüfung (§ 7 Abs. 1 HO) 17.982 Eintragungen (= 53,2 % aller Eintragungen) vorgenommen. § 7 Abs. 4 HO (Juristische Personen, Personengesellschaften) war in 7.736 Fällen (= 22,9 %) Eintragungsgrundlage. Es folgen die Nebenbetriebe (§ 7 Abs. 5 HO) mit 2.751 (= 8,1 %) Eintragungen. Auf Grund von Ausnahmegewilligungen (§ 7 Abs. 3 HO) wurden 2.651 (= 7,8 %) Eintragungen vorgenommen. Das Ehegatten- und Erbenprivileg (§ 7 Abs. 6 HO)

1) Vgl. Fröhler, Zur Eintragung, S. 32

war die Grundlage für 1.243 (= 3,7 %) Rolleneintragungen. Die Übergangsbestimmung (§ 119 HO) stellte bei 801 (= 2,4 %) Eintragungen die Anspruchsgrundlage dar. Aufgrund von gleichwertigen Prüfungen (§ 7 Abs. 2 HO) erfolgte die Eintragung in 572 (= 1,7 %) Fällen. § 7 Abs. 7 HO (Vertriebene, Sowjetzonenflüchtlinge) einschließlich § 71 BVFG wurde in 50 (= 0,2 %) Fällen in Anspruch genommen.^{1.2}

Auf die Meisterprüfung als Eintragungsvoraussetzung soll in dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Dies erübrigt sich auch deshalb, weil die geringe Judikatur hierzu darauf schließen läßt, daß nahezu keine spezifisch handwerksrechtlichen Probleme bestehen.³ Anderes gilt dagegen für die Ausnahmbewilligung (§ 7 Abs. 3 HO), die Übergangsregelung (§ 119 HO) und die Sonderregelungen zum Betriebsleiterprinzip (§ 7 Abs. 4,5 HO). Diese Eintragungsgrundlagen sollen daher nun näher betrachtet werden.

2. Die Ausnahmbewilligung

21. Die Voraussetzungen der Ausnahmbewilligung

211. Der Ausnahmefall

Voraussetzung für die Zulassung zum selbständigen Betreiben eines Handwerks als stehendes Gewerbe und damit für die Eintragung in die Handwerksrolle ist im Regelfall die erfolgreich abgelegte Meisterprüfung in dem zu betreibenden Handwerk oder in einem diesem verwandten Handwerk (§ 7 Abs. 1 HO). Wie aber schon die 3. HwVO,⁴ so enthält die HO 1953⁵ und auch die Handwerksordnung in der derzeit gültigen Fassung eine Ausweichmöglichkeit, ein Sicherheitsventil⁶ für diejenigen, die eine Zulassung begehren, aber obige Voraus-

1) Die Eintragungen aufgrund der VO Handwerk EWG wurden nicht ausgewiesen

2) Die Zahlen wurden entnommen aus: Zentralverband des Deutschen Handwerks (Hrsg.), Handwerk 1974, Bad Wörlsdorf 1975, S. 57

3) Als Monographie existiert - soweit ersichtlich - lediglich die Abhandlung von Kröger (Kröger, Günter, Die Meisterprüfung im Handwerk, München 1970)

4) Vgl. § 3 Abs. 2 der 3.HwVO

5) Vgl. § 7 Abs. 2 HO 1953

6) Ähnlich Disch, Die Ausnahmbewilligung im Handwerk, DVBl. 54,78(78)

setzungen nicht erfüllen können.¹ § 7 Abs. 3 HO bestimmt, daß in die Handwerksrolle ferner eingetragen wird,² wer eine Ausnahmegewilligung für das zu betreibende Handwerk oder für ein diesem verwandtes Handwerk besitzt.³

Die Modalitäten der Erteilung einer solchen Genehmigung, also auch ihre Voraussetzungen, sind in § 8 HO geregelt. War es dabei bis zur Novellierung der Handwerksordnung im Jahre 1965 eventuell zweifelhaft, welche Bedeutung dem

-
- 1) Es sei hier nur am Rande vermerkt, daß das Bundesverfassungsgericht in seiner Handwerksentscheidung vom 17.7.61 nicht zuletzt aufgrund des Instituts der Ausnahmegewilligung, welches das Gewicht der Freiheitsbeschränkung durch die abzulegende Meisterprüfung mildern sollte, die Vereinbarkeit der §§ 1,7 Abs. 1 und 2 HO 1953 mit dem Grundgesetz feststellte (vgl. BVerfGE 13,97(122)).
 - 2) Dem Inhaber einer solchen Ausnahmegewilligung wird damit ein Rechtsanspruch gegen die zuständige Handwerkskammer auf Eintragung in die Handwerksrolle und damit auf Zulassung zum Handwerk eingeräumt. Die Ausnahmegewilligung als solche gestattet - ebenso wie die Meisterprüfung - noch nicht die selbständige Ausübung eines Handwerks.
 - 3) Die Eintragung aufgrund der Ausnahmegewilligung für Angehörige der EWG-Mitgliedsstaaten (§ 9 HO), die in § 7 Abs. 3 HO gleichfalls benannt wird, bleibt in der weiteren Betrachtung unberücksichtigt, da sie in der Praxis, wie sich aus der Nicht-Berücksichtigung in den Statistiken des ZdH schließen läßt, keine Rolle spielt

Begriff "Ausnahmefälle" zukam,¹ so besteht seither Klarheit darüber, daß das Gesetz die Erteilung der Ausnahmebewilligung an zwei Voraussetzungen knüpft, nämlich den Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten, den sog. Nachweis der Befähigung und das Vorliegen eines Ausnahmefalles (im materiellen Sinn).² Letzteres bedeutet nach der Sprachregelung in § 8 Abs. 1 S. 2 HO, daß für den Antragsteller der normale Weg, über die Ablegung der Meisterprüfung die Eintragung zu erlangen, eine unzumutbare Belastung darstellen muß. Wann nun diese Unzumutbarkeit gegeben ist, wird im Gesetz nicht näher bestimmt, sondern die Interpretation dieses unbestimmten, verwaltungsgerichtlich voll

1) Vgl. einerseits Eyermann-Fröhler, Anm. II zu § 7, die wohl von einer formellen Bedeutung des Begriffes ausgehen; der Ausnahmefall stelle nur die Abweichung von der Regel (Meisterprüfung) dar, und dementsprechend bestehe nach erfülltem Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten ein Rechtsanspruch auf die Ausnahmebewilligung. Sie stützen ihre Auffassung auf den Ausschußbericht 1953, II Zum ersten Teil. Die gleiche Ansicht vertraten Schwindt, H., a.a.O., Snn. 2 zu § 7 und Reuss, Handwerksrecht, Anm. II zu § 8. Die wohl überwiegende Meinung maß dem "Ausnahmefall" materielle Bedeutung bei. So wurde verlangt, daß in der Person des Antragstellers besondere Gründe vorliegen müßten, die es rechtfertigten, von der Ablegung der Meisterprüfung abzusehen. Diese Ablegung mußte eine unzumutbare Belastung oder Härte darstellen (vgl. u.a. Disch, a.a.O., DVBl. 54,78(78); Mettke, Die Eintragung in die Handwerksrolle im Ausnahmefall, BR 54,304(304); Becker, Hans J., Verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Eintragung in die Handwerksrolle, DÖV 55,208(210); Ritgen, Wolfgang, Die Ausnahmebewilligung im Handwerk, Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966, S. 6; Buschatzki, W.-D., a.a.O., S. 70; Kolbensschlag-Lessmann-Stücklen, HO, Anm. 4 zu § 7; BVerfG v. 17.7.61 BVerfGE 13, 97(120); BVerwG v. 26.1.62 BVerwGE 13,317(317) = GewA 62,95(96) = BB 62,312(312) unter Hinweis auf die bisherige überwiegende Rechtsprechung.) Die Neufassung des § 8 Abs. 1 HO durch die Novelle von 1965 trägt dieser überwiegenden Meinung in Rechtsprechung, Schrifttum und Verwaltungspraxis Rechnung

2) Vgl. § 8 Abs. 1 HO

nachprüfbareren Gesetzesbegriffes wird der Verwaltungspraxis, der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen.¹

Allgemeine Anerkennung hat dabei die Auffassung gewonnen, daß bei der Prüfung der Frage des Ausnahmefalles nicht engherzig verfahren werden darf. Diesem, vom Bundesverfassungsgericht in der Handwerksentscheidung unter Hinweis auf Art. 12 GG herausgestellten Grundsatz ist zuzustimmen, denn er entspricht auch der ratio legis: Der Antragsteller muß in jedem Fall die zur selbständigen Ausübung eines Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen. Eine weite Auslegung läuft somit dem Bestreben der Handwerksordnung Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks zu erhalten und zu fördern nicht zuwider, sondern im Gegenteil, sie kommt dem Ziel des Gesetzes, die Schicht leistungsfähiger selbständiger Handwerksexistenzen zu vergrößern, entgegen.² Zudem mildert eine solche Interpretation die im Erfordernis der Meisterprüfung liegende Freiheitsbeschränkung und entspricht dadurch der Idee einer größtmöglichen Grundrechtseffektivität, die zwar in den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes zur Ausnahmbewilligung nicht ausdrücklich erwähnt wird, aber dennoch deutlich genug anklingt.³ Diese extensive Interpretation findet aber dort eine Grenze, wo - bei zu großzügiger Auslegung - der Charakter der Ausnahmbewilligung als einer Ausnahme von der Regel nicht mehr erhalten bliebe,⁴ wo der rechtspolitische Sinn der Ausnahmbewilligung (nur ausnahmsweiser Verzicht auf die Ablegung der Meisterprüfung) verfehlt würde und die Verwaltung folglich die Auffassung des Gesetzgebers korrigieren könnte, und somit der Fall ein-

-
- 1) Zur vollen verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung vgl. OVG Koblenz v. 3.12.57 GewA 57/58,184(185); BVerwG v. 5.5.59 BVerwGE 8,287(290); OVG Münster v. 3.3.65 GewA 66,15(16); ebenso - im Anschluß an letzteres Urteil - Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 52; Siegert-Musielak, Anm. 46 zu § 8
 - 2) Vgl. BVerfGE 13,97(121f)
 - 3) Vgl. BVerfGE 13,97(121)
 - 4) Vgl. VGH Bad.-W. v. 6.7.62 GewA 62,271(271); v. 30.9.64 GewA 66,87(87); BVerwG v. 23.2.70 GewA 71,164(165)

treten könnte, daß die Ausnahme zur Regel würde, der Sinn des Gesetzes also in sein Gegenteil verkehrt würde.¹ Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung hat daher stets unter dem Leitgedanken zu stehen, daß die Ausnahmegewilligung niemals zur Umgehung der Meisterprüfung führen darf.

Wann nun innerhalb des so begrenzten Feldes ein Ausnahmefall angenommen werden kann, ist stets personenbezogen zu beurteilen. Im Gesetzgebungsverfahren der HO 1953 hat man zwar bei der Beratung der Frage der Ausnahmegewilligung Überlegungen angestellt, ob die in Betracht kommenden Fälle nicht in Form eines Katalogs in das Gesetz aufgenommen werden sollten, aus der richtigen Erkenntnis heraus, daß eine erschöpfende Aufzählung nicht möglich wäre, hat man hierauf aber verzichtet. Im Ausschußbericht ist jedoch festgehalten worden, welche Gruppen zu berücksichtigen seien²: Heimatvertriebene, Sowjetzonenflüchtlinge, politisch, rassisch und religiös Verfolgte des NS-Regimes und die Gruppe derer, die als Unselbständige im Handwerk oder in der Industrie in entsprechenden verantwortlichen Stellungen tätig gewesen sind, ferner diejenigen, die einen anderen als in der Handwerksordnung vorgesehenen Ausbildungsgang durchlaufen, z.B. Hochschulen, Fachhochschulen, Fachschulen besucht haben. Diese Aufzählung im Ausschußbericht kann heute unberücksichtigt bleiben, denn es gelten etwa für Vertriebene und Sowjetzonenflüchtlinge,³ für Personen mit anderen Ausbildungsgängen⁴ Sonderregelungen, und schließlich wurde bei der Novellierung der Handwerksordnung im Jahre 1965 in enger und bewußter Anlehnung an die herrschende Rechtsprechung, der Begriff des Ausnahmefalles durch die erwähnte

1) Vgl. VGH Bad.-B. v. 6.7.62 GewA 62,271(271)

2) Ausschußbericht 1953, II

3) Vgl. § 7 Abs. 7 HO, § 92 BVFG

4) Vgl. § 7 Abs. 2 HO i.V.m. § 1 der Verordnung über die Anerkennung von Prüfungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle und bei Ablegung der Meisterprüfung v. 16.10.1970 (BGBl. I S.1401)

Wortfolge erläutert,¹ wodurch sich ergibt, daß die Frage des Ausnahmefalles stets personenbezogen,² und nicht gruppenbezogen zu beantworten ist. Dies bedeutet mit anderen Worten, daß bei jedem Fall die Prüfung der Frage ansteht, ob der jeweilige Bewerber durch die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar belastet würde.

Wann nun - im gegebenen Zeitpunkt oder schlechthin - Unzumutbarkeit vorliegt, läßt sich in personenbezogener Betrachtungsweise prinzipiell immer nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles beurteilen.³ Die Rechtsprechung zieht hierzu den gesamten beruflichen Werdegang des Bewerbers heran, und prüft auch, aus welchen Gründen der Betreffende die Meisterprüfung nicht abgelegt hat oder nicht ablegen konnte.⁴

Hat der Bewerber die Meisterprüfung aus ihm anrechenbaren Gründen nicht abgelegt, so liegt kein Ausnahmefall vor,⁵ auch wenn dies jetzt für ihn eine besondere Härte gegenüber anderen Berufsanwärtern bedeuten würde. Dies trifft etwa dann zu, wenn er wertvolle Jahre ungenutzt, d.h. ohne Ablegung der Meisterprüfung hat verstreichen lassen.⁶ Wenn

-
- 1) Wodurch sich aber materiell-rechtlich keine Unterschiede zur HO 1953 ergaben (so auch Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig; Honig, Gerhart, Handwerksordnung, Kommentar, 2. Auflage, München, Berlin 1967 (zukünftig zitiert: Eyermann-Fröhler-Honig 1967), Anm. 15 zu § 8), so daß die damalige Rechtsprechung mit herangezogen werden kann
 - 2) Zutreffend deshalb OVG Münster v. 9.4.58 GewA 57/58, 14 (14) sowie VG Hamburg v. 2.6.72 GewA 73,71(71f) bzgl. politische Flüchtlinge und VG Berlin v. 31.5.65 GewA 66, 89(89) bzgl. eines Heimatvertriebenen. Im Ergebnis ebenso für diesen Personenkreis Siegert-Musielak, Anm. 28 zu § 8
 - 3) Vgl. BVerfGE 13,97(121). So zuletzt auch OVG Lüneburg v. 27.11.74 GewA 75,193(193)
 - 4) So - grundlegend - VGH Bad.-W. v. 6.7.62 GewA 62,271 (271); v. 28.6.72 GewA 74,160(160); vgl. auch VG Köln v. 3.8.72 GewA 73,68f mit weiteren Nachweisen; OVG Lüneburg v. 27.11.74 GewA 75,193(193); h.M.
 - 5) Vgl. VG Koblenz v. 6.5.64 GewA 65,15(15); VG Berlin v. 10.1.73 GewA 74,159(159)
 - 6) Vgl. VGH Bad.-W. v. 6.7.62 GewA 62,271(272); Honig, Gerhart, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle - BVerwGE 13,217 -, JuS 64,437(440) (zukünftig zitiert: Honig, Ausnahmegewilligung)

das Bundesverfassungsgericht demgegenüber in der Handwerksentscheidung vom 17.7.61 ausführt, auch das vorgerückte Alter eines Berufsanwärters könne einen Grund bilden, von der Meisterprüfung abzusehen,¹ so kann dem nur dann zugestimmt werden, wenn der Bewerber um eine Ausnahmegewilligung nicht in jungen Jahren die Möglichkeit hatte, die Meisterprüfung abzulegen oder/und er dies nur aus triftigen Gründen unterlassen hat.² Sonst würde diese Auffassung dazu führen, daß die Ausnahmegewilligung allein durch die Erreichung eines vorgerückten Lebensalters "ersessen" werden könnte, was unbestritten nicht der Sinn dieser gesetzlichen Regelung sein kann, da sich ansonsten jeder ältere Bewerber hierauf beziehen, und demnach die Ausnahmegewilligung zur Regel werden könnte. Wer also etwa aus Nachlässigkeit die Vorbereitung und Ablegung der Meisterprüfung versäumt, darf sich nicht über die Härte beklagen, die für ihn entsteht, wenn er später diese Prüfung nachholen muß.³ Wenn dagegen der Bewerber aus gesundheitlichen Gründen nunmehr zur Ablegung der Meisterprüfung nicht mehr in der Lage ist, oder wenn er bereits ein Lebensalter von mehr als 50 Jahren erreicht hat, kann dies einen Ausnahmefall begründen, sofern der Bewerber aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen bisher von der Ablegung der Meisterprüfung absehen durfte, und weitere Umstände, z.B. die unerwartete Notwendigkeit der Übernahme des handwerklichen Familienbetriebes, hinzutreten.

Ein Ausnahmefall kann ferner gegeben sein, wenn der Antragsteller aufgrund eines nicht vorhersehbaren Ereignisses die Meisterprüfung nicht mehr (rechtzeitig) ablegen kann. Dies gilt etwa, wenn ein Handwerkersohn überraschend den Betrieb seines berufsunfähig gewordenen Vaters fortführen muß, oder dem Antragsteller eine einmalige günstige Gelegenheit geboten wird, sich durch eine nicht aufschiebbare Übernahme

1) Vgl. BVerfGE 13,97(121)

2) Vgl. BVerwG v. 5.5.59 BVerwGE 8,287(291) = BB 59,611(611) = GewA 59,148 (148); VGH Bad.-W. v. 30.9.64 GewA 66,87(87); Siegert-Musielak, Anm. 22 zu § 8

3) Vgl. VG Neustadt v. 17.1.63 GewA 63,236(237); VG Ansbach v. 21.2.74 GewA 74,229(230)

eines Handwerksbetriebes eine selbständige Existenzgrundlage zu schaffen.¹ Bei der Beurteilung der letzteren Ausnahmegründe wird man jedoch sehr kritisch sein müssen,² zumal auch hier die Gefahr der Ausuferung der Ausnahmewilligungen, die Gefahr der Umgehung der Meisterprüfung latent vorhanden ist.³ Insbesondere kann es daher hier nicht genügen, wenn beim Antragsteller der Wunsch vorhanden ist, wegen vorhandener Aufträge oder wegen günstiger Konjunkturlage einen Handwerksbetrieb zu beginnen.^{4.5}

Die gebotene Großzügigkeit rechtfertigt es allerdings nicht, dann einen Ausnahmefall anzunehmen, wenn sich der Bewerber seine gegenwärtige Lage, z.B. die Androhung der Betriebschließung, selbst zuzuschreiben hat, weil er sein Handwerk unbefugt zu betreiben begann.⁶ Die gesetzwidrige Eröffnung oder Übernahme eines selbständigen Handwerksbetriebes und damit die Versetzung in eine Lage, die die Ablegung der Meisterprüfung erheblich erschwert, verdienen keinen Schutz und begründen keinen Ausnahmefall.⁷ Wer sich über die ge-

-
- 1) Vgl. BVerwG v. 26.1.62 GewA 62,95(97)
 - 2) Ebenso Kröger, Günter, Die Ausnahmewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewA 67,145(148 FN 37)
 - 3) Dieser Gefahr könnte dadurch begegnet werden, daß die Ausnahmewilligung - soweit die anderen Voraussetzungen gegeben sind - befristet erteilt wird
 - 4) Vgl. BayVG v. 23.11.72 GewA 74,96(96); VG Ansbach v. 21.2.74 GewA 74,229(230)
 - 5) Ebenso muß dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung zugemutet werden, wenn die Kunden wünschen, daß individuelle Arbeiten aus anderen Handwerken, über den Rahmen des § 5 HO hinaus, ausgeführt werden (Vgl. Eyer-mann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 19 zu § 8, unter Hinweis auf OVG Rheinland-Pfalz v. 19.10.64 GewA 65,13)
 - 6) Vgl. VG Ansbach v. 18.12.63 GewA 64,163(164); OVG Berlin v. 20.1.65 GewA 66,64; OVG Lüneburg v. 31.10.66 GewA 67,170; VG Köln v. 30.5.67 GewA 67,254(254); VG Düsseldorf v. 1.6.67 GewA 67,252(253); VG Stuttgart v. 15.3.72 GewA 73,133(134); VGH Bad.-W. v. 17.3.72 GewA 72,241(242); VGH Bad.-W. 28.6.72 GewA 74,160(160); BVerwG v. 10.10.72 GewA 73,46(47)
 - 7) Vgl. VG München v. 12.7.62 GewA 62,273(274); VG Ansbach v. 18.12.63 GewA 64,163(164); VG Münster v. 12.1.71 GewA 71,166(167); VG Stuttgart v. 15.3.72 GewA 73,133(134); sehr instruktiv VG Ansbach v. 21.2.74 GewA 74,229(230)

setzunglichen Zulassungsvorschriften eigenmächtig hinwegsetzt, hat dies selbst zu vertreten, muß die sich aus seinem Verhalten ergebenden Folgen tragen und darf nicht die Vernichtung der aufgebauten Existenz als unzumutbare Belastung ansehen.¹ Hat der Bewerber die Nichtablegung der einschlägigen Meisterprüfung zu vertreten, so bleibt also kein Raum für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung.

Neben diesem Grundsatz ist weiter anerkannt, daß wirtschaftliche, finanzielle und familiäre Gründe regelmäßig so lange keinen Ausnahmegrund darstellen, als sie an und für sich jeden Geschäftsanfänger treffen könnten.² Insbesondere kann die Unzumutbarkeit, die Meisterprüfung abzulegen, nicht mit (selbst verschuldeten) Schwierigkeiten bezüglich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Bewerbers begründet werden.³ Die Verpflichtung, für den Unterhalt der Familie aufkommen zu müssen, stellt folglich allein noch keinen ausreichenden Grund dar;⁴ es müssen schon besondere Umstände hinzutreten, um aus finanziellen Gründen auf die Ablegung der Meisterprüfung verzichten zu können.

Wegen der Bedeutung der Ausnahmegewilligung als Ausnahme von der Regel (Meisterprüfung) ist also entscheidend, ob und in welchem Ausmaß der Antragsteller durch eine abzulegende Meisterprüfung stärker belastet ist, als im Normalfall jeder Berufsanwärter, der die Meisterprüfung ablegen muß.⁵ Eine andere Rechtsauffassung würde das Verhältnis Regel (Meisterprüfung) und Ausnahme (Ausnahmegewilligung) umkehren und damit die - selbst bei gebotener Großzügigkeit - gesetzten Grenzen, die für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung bestehen, überschreiten. Besondere Umstände, die einen Ausnahmefall rechtfertigen könnten, liegen folglich auch dann nicht vor, wenn der Gewerbetreibende bereits die Meisterprüfung in einem anderen Handwerk erfolgreich abgelegt hat.⁶

1) So Siegert-Musielak, Anm. 24 zu § 8; VG Köln v. 3.8.72 GewA 73,68(69); VG Ansbach v. 21.2.74 GewA 74,229(230)

2) Sehr instruktiv VGH Bad.-W. v. 6.7.62 GewA 62,271(271f) und VG Ansbach v. 21.2.74 GewA 74,229(230)

3) Ausführlicher hierzu Siegert-Musielak, Anm. 23 zu § 8

4) Vgl. Kröger, G., a.a.O., GewA 67,145(147) a.A. BVerfG v. 17.7.61 BVerfGE 13,97(121)

5) So auch Siegert-Musielak, Anm. 23 zu § 8; vgl. auch VG Münster v. 12.1.71 GewA 71,166(166)

6) Vgl. BVerwG v. 14.8.59 GewA 59,138(139); BVerwG v. 14.8.59 GewA 59,139(141); ständige Rechtsprechung

Gegen das Vorliegen eines Ausnahmefalles spricht auch ein dem Antrag unmittelbar vorausgegangenes Versagen in der Meisterprüfung,¹ denn wer sich an der Ablegung der Meisterprüfung versucht, hat damit gezeigt, daß diese nicht unzumutbar für ihn ist.^{2,3}

Ein Ausländer hat nicht schon wegen dieser Eigenschaft Anspruch auf eine Ausnahmegewilligung.⁴ Ebenso wenig begründen Sprachschwierigkeiten die Unzumutbarkeit.⁵ In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wird diese Auffassung zutreffend damit begründet, daß der Gewerbetreibende ohnehin auf die einheimischen Sprachkenntnisse unabweisbar angewiesen sei, um die Entwicklung auf dem jeweiligen Fachgebiet verfolgen zu können, und er insoweit durch die Forderung nach dem Erwerb der notwendigen Sprachbeherrschung, die er für eine Prüfung auf seinem Fachgebiet benötigt, nicht übermäßig belastet würde.⁶ Zudem können mangelnde Kenntnisse der deutschen Sprache nicht dazu führen, einen Ausländer so zu stellen, als habe er eine deutsche Prüfung abgelegt.⁷

Wenn man die naturgemäß kasuistisch ausgefallene Rechtsprechung bezüglich des Ausnahmefalles auf die grundsätzlichen Erwägungen zurückführt, dann wird man - zusammenfassend - sagen können:

1. Jeder Antrag ist nach allen Umständen des Einzelfalles, insbesondere personenbezogen, zu prüfen

-
- 1) Vgl. BayVGh v. 10.5.62 GewA 62,176(176); BayVGh v. 23.11.72 GewA 74,96(96)
 - 2) Vgl. VG Karlsruhe v. 10.3.65 GewA 66,66(67); VG Ansbach v. 21.2.74 GewA 74,229(230)
 - 3) Zudem erweist sich hierdurch, daß der Bewerber die zur selbständigen Handwerksausübung notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nicht besitzt. (So BayVGh v. 10.5.62 GewA 62,176(176))
 - 4) Vgl. LVG Düsseldorf v. 20.1.60 GewA 60,230(231) mit Anm. Siegert; Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 21 zu § 8; großzügig Siegert-Musielak, Anm. 29 zu § 8
 - 5) Vgl. VG Ansbach v. 25.11.65 GewA 66,253(253), bestätigt durch BayVGh v. 25.11.66 GewA 67,114(114); VG Gelsenkirchen v. 28.3.68 GewA 68,255(255); VG Hamburg v. 2.6.72 GewA 73,71(71)
 - 6) Vgl. VG Hamburg v. 2.6.72 GewA 73,71(71)
 - 7) Vgl. BayVGh v. 25.11.66 GewA 67,114(114), und unter Berufung hierauf VG Gelsenkirchen v. 28.3.68 GewA 68,255(255)

2. Art. 12 Abs. 1 GG gebietet, bei der Beurteilung des Ausnahmefalles einen großzügigen Maßstab anzulegen. Eine Grenze findet diese gebotene Großzügigkeit dort, wo die Ausnahme zur Regel, d.h. wo der Sinn dieser Vorschrift ins Gegenteil verkehrt werden würde
3. Ein Ausnahmefall ist innerhalb dieses Rahmens dann gegeben, wenn der Bewerber um eine Ausnahmegewilligung im Vergleich zu anderen Gewerbeanfängern stärker belastet wird, und er diese zusätzliche Belastung nicht zu vertreten hat. Liegen triftige Gründe für die bisherige Nichtablegung der Meisterprüfung nicht vor, so ist trotz übermäßiger Belastung ein Ausnahmefall nicht gegeben.

212. Der Befähigungsnachweis

Das zweite Tatbestandsmerkmal einer Ausnahmegewilligung bildet der vom Antragsteller zu führende Nachweis des Vorhandenseins der für die selbständige Ausübung des zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten.¹

Was "notwendige Kenntnisse und Fertigkeiten" im Sinne dieser Vorschrift sind und wie deren Vorhandensein nachgewiesen werden kann, ist seit Erlass der Handwerksordnung unstritten. Bezüglich des Inhalts der nachzuweisenden Befähigung geht die Frage dabei dahin, ob die in der Meisterprüfung zu stellenden Anforderungen materiell den bei der Ausnahmegewilligung nachzuweisenden Kenntnissen und Fertigkeiten gleichwertig sind, oder ob bei der Ausnahmegewilligung lediglich ein geringeres Maß an Können und Sachkunde verlangt werden darf, da sich der auf Grund einer Ausnahmegewilligung in die Handwerksrolle Eingetragene nicht Meister nennen und

1) Auch bei der Wortfolge "die zur selbständigen Ausübung des von ihm zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten" handelt es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff, der der vollen verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegt (vgl. OVG Koblenz v. 3.12.57 GewA 57/58, 184(185); BVerwG v. 5.5.59 BVerwGE 8, 287(290); OVG Münster v. 3.3.65 GewA 66, 15(16); ebenso - im Anschluß an letzteres Urteil - Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 52; Siegert-Musielak, Anm. 46 zu § 8

keine Lehrlinge ausbilden darf und zudem die Regelung der Ausnahmegewilligung nur von nachzuweisenden notwendigen, nicht aber meisterlichen Kenntnissen und Fertigkeiten spricht. Ist der Inhalt der nachzuweisenden Befähigung geklärt, dann muß die Form des Nachweises dargestellt werden. Dabei gilt es, die von einer notwendigerweise kasuistischen Rechtsprechung anerkannten, geeigneten Verfahrenswesen in ihren Grundzügen darzulegen, wobei bereits hier darauf hingewiesen werden soll, daß sich die Ablehnung einer bestimmten Form des Nachweises weitgehend nur auf die jeweils abgelehnte Form als solche bezieht, daß jedoch beim Hinzutreten weiterer Umstände, die als Indizien für den Besitz der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten gewertet werden können, dem Befähigungsnachweis genügt sein kann.

Eyermann-Fröhler führen in der 1. Auflage ihres Kommentars zu dem unbestimmten Gesetzesbegriff "notwendige Kenntnisse und Fertigkeiten" aus: "Die hiernach erforderten Kenntnisse und Fertigkeiten sind gleichzusetzen mit den nach § 41¹ für die Meisterprüfung geforderten Fähigkeiten; denn auch hier wird das Prinzip des Befähigungsnachweises materiell nicht durchbrochen,² sondern nur in der Form des Nachweises gemildert;² nur wer also die in dem 'Handwerk gebräuchlichen Arbeiten meisterhaft verrichten kann und die notwendigen Fachkenntnisse sowie die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und allgemein theoretischen Kenntnisse besitzt', kann die Ausnahmegewilligung erhalten Nicht vorausgesetzt für die Erteilung der Ausnahmegewilligung ist es, daß der Antragsteller befähigt ist, 'Lehrlinge ordnungsgemäß anzuleiten'." ³ Die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten für eine Ausnahmegewilligung werden hier zwar nicht quantitativ, aber qualitativ denjenigen gleichgestellt, die für den Meistertitel verlangt werden. Nach Buschatzki verstößt diese Meinung "nicht nur

1) Materiell entspricht § 41 HO 1953 nahezu vollkommen § 46 Abs. 2 HO 1965 und § 46 Abs. 2 in der gültigen Fassung - Anm. d. Verf.

2) Hervorhebung im Original

3) Eyermann-Fröhler, Anm. II 1 zu § 7

gegen den Wortlaut, sondern auch gegen den Sinn des Gesetzes".¹ Er begründet seine Auffassung wie folgt: "Der auf Grund einer Ausnahmegewilligung Eingetragene darf keine Lehrlinge ausbilden, der Meister darf dies. Die Ausnahmegewilligung verleiht auch nicht das Recht, den Meistertitel zu führen; diese Vorschriften wären aber eine Unbilligkeit, wenn ... lediglich die Form des Nachweises erleichtert, im übrigen aber das Prinzip des Befähigungsnachweises (also der Meisterprüfung) materiell überhaupt nicht durchbrochen wäre."² Vielmehr sei für die Befähigung im Rahmen der Ausnahmegewilligung ein geringeres Maß an Können und Sachkunde verlangt als für eine Berechtigung, die obendrein auch noch die Lehrlingsanleitung beinhaltet. Er kommt zu dem Ergebnis, daß die Fähigkeiten und Kenntnisse der Ausnahmegewilligung also keine meisterlichen, sondern nur die dem Wortlaut nach zum Betriebe eines Handwerks erforderlichen seien.³ Nach dieser Auffassung unterscheiden sich die Anforderungen bei der Ausnahmegewilligung von denjenigen der Meisterprüfung sowohl quantitativ, als auch qualitativ.

Der Meinung von Buschatzki kann nicht gefolgt werden. Hinsichtlich der Befähigung eines Bewerbers um eine Ausnahmegewilligung sind keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem Nachweis in der Meisterprüfung und im Rahmen der Entscheidung nach § 8 HO zu machen, denn - wie Eyermann-Fröhler zutreffend ausführt.⁴ - soll durch die Ausnahmegewilligung zwar die Form des Nachweises der Befähigung gemildert werden, nicht aber sollen qualitativ unterschiedliche Anforderungen zwischen Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung gestellt werden.

Gegen Buschatzki läßt sich einwenden, daß die Ausnahmebewilligung des § 8 HO nur einen Anspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle gewährt,⁵ also keine Lehrlingsanleitungs-

1) Buschatzki, W.-D., a.a.O., S. 66

2) (Vgl.) Buschatzki, W.-D., a.a.O., S. 66

3) Vgl. Buschatzki, W.-D., a.a.O., S. 66

4) Vgl. Eyermann-Fröhler, Anm. II 1 zu § 7

5) An dieser Stelle kann von dem Fall der Ausnahmegewilligung für Unselbständige abgesehen werden

befugnis beinhaltet¹ und demnach berufserzieherische Kenntnisse wie sie für die Meisterprüfung verlangt werden,² im Rahmen der Ausnahmegewilligung nach § 8 HO nicht nachzuweisen sind. Nachdem somit die quantitativen Anforderungen bei der Ausnahmegewilligung geringer sind als bei der Meisterprüfung, erscheint es nicht mehr als unbillig, in qualitativer Hinsicht die gleichen Anforderungen wie bei der Meisterprüfung zu stellen, ohne daß eine volle Gleichbehandlung (Lehr-
lingsanleitungsbefugnis, Meistertitel) gewährt wird.³ Auch mit dem Hinweis auf den Ausnahmecharakter dieser Bewilligung können qualitativ unterschiedliche Anforderungen zwischen Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung nicht begründet werden, denn dem widerspricht die ratio legis, Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks zu erhalten und zu fördern. Daher kann es nicht Sinn der Ausnahmegewilligung sein, durch Erleichterung der qualitativen (= fachlichen) Anforderungen unqualifizierten Bewerbern den Weg zur selbständigen Ausübung eines Handwerks zu eröffnen.⁴ Zur Interpretation des Begriffes "notwendige Kenntnisse und Fertigkeiten" in § 8 Abs. 1 HO kann vielmehr § 46 Abs. 2 HO herangezogen werden. Hiergegen spricht nicht,⁵ daß dort eine "meisterhafte" Ver-

1) Vgl. hierzu §§ 21f HO

2) Vgl. § 46 Abs. 2 HO i.V.m. § 5 der Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk vom 12.12.72 (BGBl. I S. 2381)

3) Wenn Siegert-Musielak glauben, in quantitativer Sicht noch empfehlen zu müssen, im Verfahren zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung, die von einem Antragsteller nachzuweisende Befähigung mehr an dem Fachwissen eines Handwerksmeisters der Praxis als an den Kenntnissen und Fertigkeiten eines Kandidaten in der Meisterprüfung und die Aufgabenstellung noch mehr der täglichen Arbeit im Betrieb anzupassen (vgl. Siegert-Musielak, Anm. 8 zu § 8), so findet diese Empfehlung keine Stütze in dem einschlägigen § 8 HO. Zudem sind auch nach § 46 Abs. 2 HO nur die meisterhafte Verrichtung der gebräuchlichen Arbeiten und die notwendigen Fachkenntnisse sowie die erforderlichen sonstigen Kenntnisse darzutun

4) Vgl. OVG Koblenz v. 3.12.57 GewA 57/58,184(185); BVerwG v. 26.1.62 GewA 62,95(96) = BayVBl. 62,183(184) = BB 62,312(313) = MDR 62,601(602) = BVerwGE 13,317(319); Kröger, G., a.a.O., GewA 67,145(149)

5) A.A. Buschatzki, W.-D., a.a.O., S. 66

richtung der gebräuchlichen Arbeiten verlangt wird, denn auch bei der Meisterprüfung werden keine außergewöhnlichen Leistungen gefordert. Meisterhaft bedeutet hier nicht, daß das fachliche Können das allgemeine handwerkliche Niveau weit überschreiten müsse; es wird in der Meisterprüfung lediglich verlangt, daß die in dem Handwerk gebräuchlichen Arbeiten selbständig nach den allgemeinen handwerklichen Grundsätzen werkgerecht ausgeführt werden können¹ und daß die zur Führung eines Unternehmens notwendigen betriebswirtschaftlichen, rechtlichen, berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse vorhanden sind.² Auch bei einem Antragsteller nach § 8 HO wird also zu prüfen sein, ob er befähigt ist, einen Handwerksbetrieb selbständig zu führen, und ob er insbesondere die in seinem Handwerk gebräuchlichen Arbeiten meisterhaft verrichten kann, sowie die notwendigen Fachkenntnisse und die erforderlichen allgemein-theoretischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse besitzt.³ Hinsichtlich der fachlichen Befähigung eines Bewerbers um eine Ausnahmegewilligung sind daher keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem Nachweis in der Meisterprüfung und im Rahmen der Entscheidung nach § 8 HO zu machen. Dieser Auffassung widerspricht es nicht nur nicht, wenn nach der herrschenden Meinung "in etwa meisterliche Kenntnisse und Fertigkeiten." nachgewiesen werden müssen, denn diese vom Bundesverwaltungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung vom 26.1.1962⁴ benützte, etwas mißverständliche Formel besagt nicht, daß bei der Erteilung der Ausnahmegewilligung an die Befähigung in qualitativer Sicht geringere Anforderungen zu stellen wären als bei der Meisterprüfung, denn das Gericht hat einleitend in seinen Urteilsgründen unmißverständlich ausgeführt, daß auch hier, wie bei der Meisterprüfung die zum selbständigen Betrieb eines Handwerks erforderliche Befähigung unentbehrliche Voraus-

1) So BVerfGE 13,97(119)

2) Ausführlicher Depenbrock, Johannes, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 62, 1063(1065)

3) Vgl. BVerwG v. 26.1.62 GewA 62,95(96); Honig, Ausnahmegewilligung, JuS 64,437(438); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 8

4) GewA 62,95(96)

setzung ist,¹ sondern bestätigt darüber hinaus die vertretene Auffassung bezüglich der quantitativen Erfordernisse. Erleichterungen, die ein Absinken des handwerklichen Leistungsstandes unter ein in jedem Falle zu wahrendes Mindestniveau zur Folge hätten, können dem Berufsbewerber daher auch nicht etwa aus sozialen oder wirtschaftlichen Gründen zugebilligt werden.² Vielmehr ist davon auszugehen, daß die nachzuweisenden Kenntnisse und ³ Fertigkeiten in der Meisterprüfung bzw. zur Erlangung der Ausnahmegewilligung sich bezüglich der fachlichen Anforderungen nur durch die Form des Nachweises, nicht aber - mit Ausnahme der berufserzieherischen Kenntnisse - inhaltlich unterscheiden.

Die nachzuweisende Befähigung muß sich also auf die gesamte Führung eines einschlägigen Handwerksbetriebes beziehen. Ein Bewerber kann daher nicht damit gehört werden, in seinem zukünftigen Betrieb würden gewisse Arbeiten nicht anfallen oder er würde sich auf ungefährliche oder leichtere Arbeiten beschränken. Entsprechend den Rechtsfolgen der Ausnahmegewilligung ist nicht von den besonderen Umständen des (konkreten) Einzelfalles,⁴ sondern von den generellen Anforderungen der Führung eines einschlägigen Handwerksbetriebes auszugehen.⁵ Ein Antragsteller kann sich daher auch nicht etwa hinsichtlich des Erfordernisses kaufmännischer und rechtlicher Kenntnisse auf die Fähigkeiten seines Ehegatten oder seiner sonstigen Mitarbeiter berufen. Ebenso rechtfertigt die (beabsichtigte) Ausgliederung von Betriebsfunktionen keine andere Betrachtungsweise. Desgleichen muß der Bewerber die bezeichneten Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen, wenn er beabsichtigt, lediglich als unselbstständiger Betriebsleiter tätig zu werden.⁶

1) So auch Depenbrock, J. a. a. O., BB 62, 1063 (1064); Honig, Ausnahmegewilligung, JuS 64, 437 (438)

2) Vgl. BVerwG v. 26.1.62 GewA 62, 95 (96); Honig, Ausnahmegewilligung, JuS 64, 437 (438); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 8

3) Weder Kenntnisse allein, noch Fertigkeiten allein genügen also, um - bei gegebenem Ausnahmefall - einen Anspruch auf Ausnahmegewilligung zu begründen (vgl. OVG Münster v. 24.7.63 GewA 64, 12 (13); OVG Münster v. 24.6.64 GewA 65, 58 (58f); VG Sigmaringen v. 29.6.67 GewA 68, 42 (42f); HessVGH v. 19.6.68 GewA 68, 279 (279))

4) Vgl. BVerwG v. 9.10.59 GewA 59, 161 (162)

5) Eine gegenständliche Beschränkung kann nur in Falle der Teilbewilligung erfolgen (vgl. § 9 Abs. 2 2. Halbsatz 10)

6) Vgl. OVG Münster v. 24.7.63 GewA 64, 12 (13)

Bezüglich der erforderlichen Befähigung unterscheiden sich also Meisterprüfung und Ausnahmegewilligung nur unwesentlich. Anderes gilt für die Form des Nachweises dieser Befähigung. In welcher Form dieser Nachweis bei der Ausnahmegewilligung geführt werden soll, läßt das Gesetz offen. Allgemeingültige Regeln lassen sich hier angesichts der Vielgestaltigkeit der in Betracht kommenden Fälle wohl auch nicht festlegen. Trotzdem zeichnen sich in der notwendigerweise kasuistischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gewisse Anhaltspunkte ab. Dabei muß jedoch, wie es einleitend bereits geschehen ist, darauf hingewiesen werden, daß die Ablehnung einer bestimmten Form des Nachweises nur diese Form als solche betrifft, während beim Hinzutreten weiterer Umstände, die für den Besitz der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten des Bewerbers sprechen, dem Fähigkeitsnachweis genügt sein kann.

Mit dieser Einschränkung hat es die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung abgelehnt, Bescheinigungen früherer Auftraggeber über einwandfrei ausgeführte Arbeiten als geeigneten Nachweis der erforderlichen Befähigung genügen zu lassen.¹ Dem ist zuzustimmen, denn die Auftraggeber können zwar ihre Zufriedenheit mit der ausgeführten Leistung ausdrücken, aber wohl kaum meisterhafte Kenntnisse und Fertigkeiten bestätigen, ohne selbst fachkundig zu sein. Den hierzu nötigen Sachverstand wird man im allgemeinen nur technisch und fachlich geschulten Personen, in erster Linie Handwerkern derselben Fachrichtung zubilligen können.²

Langjährige Gesellentätigkeit in einem Betrieb bedeutet grundsätzlich noch keinen Befähigungsnachweis.³ Hierdurch kann höchstens bewiesen werden, daß der Antragsteller die für eine solche Tätigkeit notwendigen Kenntnisse und Fer-

-
- 1) Vgl. BVerwG v. 5.5.59 BVerwGE 8,287(290); VG München v. 6.10.60 GewA 61,58(58); BVerwG v. 26.1.62 GewA 62,250(250); BayVGH v. 28.3.63 GewA 63,275(275); OVG Münster v. 26.2.64 GewA 65,33(34); OVG Münster v. 24.6.64 GewA 65,58(58); BayVGH v. 23.11.72 GewA 74,96(96); VG Ansbach v. 21.2.74 GewA 74,229(231)
 - 2) Vgl. VG Gelsenkirchen v. 4.8.66 GewA 67,115(115); VG Hamburg v. 2.6.72 GewA 73,71(72)
 - 3) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 9 zu § 8; VG München v. 6.10.60 GewA 61,58(58)

tigkeiten besitzt, nicht aber, daß er auch in der Lage ist, einen Handwerksbetrieb selbständig zu führen. Zeugnisse früherer Arbeitgeber sind daher grundsätzlich als untaugliche Beweismittel anzusehen.¹ Etwas anderes mag gelten, wenn der Antragsteller über lange Jahre in meistergleicher Funktion im Handwerk oder in der Industrie tätig war, und die Zeugnisse sich gerade auf diese leitende Funktion beziehen.² Weiter wird man eine langjährige und erfolgreiche, auf die gesamte Breite eines Handwerks sich erstreckende, selbständige Betriebsführung in aller Regel als ausreichenden Befähigungsnachweis anerkennen können.³ Hierfür spricht die - widerlegbare⁴ - Vermutung, daß der Antragsteller die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten besitzt.⁵ Für die Beurteilung der praktischen handwerklichen Fähigkeiten können demnach auch solche selbständigen Tätigkeiten berücksichtigt werden, die der Antragsteller ohne Eintragung in die Handwerksrolle, also unbefugt, ausgeübt hat.⁶ Diese Auffassung kann damit begründet werden, daß sich aus der Handwerksordnung nichts Gegenteiliges herleiten läßt,⁷ und zudem die Tatsache, daß der Bewerber mit der Ausführung solcher Arbeiten gegen das Gesetz verstieß, nichts für die qualitative Bewertung dieser Arbeiten besagt.⁸

1) Ebenso Siegert-Musielak, Anm. 13 zu § 8

2) Vgl. BayVGh v. 28.3.63 GewA 63,275(276)

3) Vgl. Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 46 unter Anlehnung an BVerwG v. 14.10.65 GewA 66,86(87)
a.A. VG Gelsenkirchen v. 4.8.66 GewA 67,115(115); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 9 zu § 8 unter Anlehnung an VG Disseldorf v. 25.4.62 und die st. Rspr. des BayVGh
4) Wenn z.B. zweifelhaft bleibt, ob die fachlich und betriebswirtschaftlich gute Betriebsführung auf das persönliche Können des Betriebsinhabers zurückzuführen ist.
(So Kröger, G., a.a.O., GewA 67,145(150); vgl. auch VG Augsburg v. 24.5.66 GewA 67,34(35))

5) Vgl. OVG Koblenz v. 15.10.64 GewA 65,102(104)

6) Vgl. BVerwG v. 8.6.62 GewA 62,251(252)

7) So Depenbrock, J., a.a.O., BB 62,1063 (1064 FN 16)

8) So BVerwG v. 8.6.62 Teilabdruck bei Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 149 und Ritgen, W., a.a.O., BB 66,7.
Kritisch äußert sich hierzu Kollner, W., a.a.O., GewA 62,73(75)

Weiter können Prüfungszeugnisse als Nachweis einzelner Fähigkeiten und Kenntnisse dienen.¹ Hat der Antragsteller etwa bereits eine Meisterprüfung in einem anderen Handwerk bestanden, so kann er durch Vorlage des Meisterbriefes den Nachweis der erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse führen.²

Die in der Praxis am häufigsten benutzte Form des Nachweises der Befähigung stellt die Begutachtung durch Sachverständige dar. Eine solche Überprüfung ist auf Antrag des Bewerbers oder auf Anordnung der Behörde möglich. Dabei darf ein diesbezüglicher Wunsch des Bewerbers nicht deshalb abgelehnt werden, weil nach Auffassung der Behörde keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür beständen, daß die Eignungsprüfung mit Erfolg abgelegt wird.³ Die Behörde muß also grundsätzlich auf Antrag des Bewerbers eine Eignungsprüfung zulassen. Der gegenteiligen Auffassung des VG Ansbach kann nicht gefolgt werden.⁴ Gesetzlich normiert ist nur, daß der Antragsteller beweispflichtig ist.⁵ Die Form des Nachweises bleibt also ihm überlassen. Zudem gilt auch vor den Verwaltungsbehörden der Grundsatz, daß die Erhebung eines Beweises nicht mit der Begründung abgelehnt werden darf, es sei nur ein dem Beweispflichtigen ungünstiges Ergebnis zu erwarten.⁶ Einer solchen Eignungsprüfung bedarf es allerdings nicht, wenn der Antragsteller im unmittelbar vorausgehenden Meisterprüfungstermin die Meisterprüfung nicht bestanden hatte,⁷ denn damit hat er zunächst kundgetan, daß in seiner Person kein Ausnahmefall vorliegt. Darüber hinaus dokumentiert das Nichtbestehen der Meisterprüfung, daß die zur selbständigen Ausübung eines Handwerks erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nicht vorhanden sind.⁸ Der Behörde wird man andererseits

-
- 1) Ausführlicher Siebert-Musielak, Anm. 14 zu § 8
 - 2) Vgl. BVerwG v. 13.4.62 GewA 62,270(270); VG Koblenz v. 13.3.64 GewA 64,164(164); vgl. auch § 46 Abs. 3 HO i.V.m. VO über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk vom 12.12.72 (BGBl. I S. 2381)
 - 3) Vgl. BVerwG v. 13.4.62 GewA 62,270(270)
 - 4) U v. 30.4.65 GewA 66,17(18)
 - 5) Vgl. VG Augsburg v. 24.5.66 GewA 67,34(35)
 - 6) Vgl. BVerwG v. 13.4.62 GewA 62,270(270)
 - 7) Vgl. BayVG v. 10.5.62 GewA 62,176(176)
 - 8) Vgl. BayVG v. 23.11.72 GewA 74,95(96) a.A. OVG Münster v. 13.4.66 GewA 68,164(165)

aber die Möglichkeit der Anordnung einer Eignungsprüfung nur für den Fall zugestehen können, daß begründete Zweifel an den Kenntnissen und Fertigkeiten des Antragstellers bestehen. Weigert sich der Bewerber dann, sich einer Überprüfung zu unterziehen, dann kann davon ausgegangen werden, daß der Befähigungsnachweis nicht erbracht ist.¹

Für die Durchführung derartiger Eignungsprüfungen hat das Bundesverwaltungsgericht wiederholt allgemeine Grundsätze aufgestellt.² Danach sollten diese nicht schulmäßig und streng formell nach Art und Weise einer Meisterprüfung durchgeführt werden.³ Es muß vielmehr in einer zwangloseren Form versucht werden, das richtige Bild über die Kenntnisse und Fertigkeiten des Bewerbers zu ermitteln.⁴ Daß eine solche Überprüfung eine objektive, nur von sachlichen Gesichtspunkten bestimmte Beurteilung zum Ziele haben und daß auch die Auswahl der Prüfer eine Gewähr hierfür bieten muß, erscheint als selbstverständlich; trotzdem hielt es das Bundesverwaltungsgericht aber in BVerwGE 13,317 - wohl aus begründetem Anlaß - für notwendig, darauf hinzuweisen, daß es sich mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbaren lasse, wenn gegenüber Bewerbern um eine Ausnahmegewilligung "eine gewisse Voreingenommenheit bestehen sollte, die sie etwa als Außenseiter oder gar als unerwünschte Mitglieder des Handwerkerstandes erscheinen lassen könnte."⁵ Sollten diesbezügliche Befürchtungen berechtigt sein, so ist es dringend erforderlich, diesen etwaigen Mißständen zu wehren, denn damit würde die Existenzberechtigung der heutigen Handwerksorganisationen in Verruf geraten. Derartige Praktiken würden gegen den Sinn der Handwerksordnung, im Interesse des Allgemeinwohles die Belange des Handwerks als solches zu wahren, verstoßen, denn keinesfalls sollte hier ein Schutz vor unerwünschter Konkurrenz erfolgen.

1) Vgl. BVerwG v. 27.11.64 GewA 65,119(119)

2) Vgl. hierzu auch Kröger, G., a.a.O., GewA 67,164(165)

3) Vgl. BVerwG v. 26.1.62 GewA 62,95(97); v. 9.2.62 DÖV 62,262(263); OVG Münster v. 4.10.67 GewA 68,84(84)

4) Vgl. OVG Münster v. 24.6.64 GewA 65,58(58). Ausführlicher hierzu Siegert-Musielak, Anm. 15 zu § 8

5) BVerwG v. 26.1.62 BVerwGE 13,317(321f) = BB 62,312(313) = GewA 62,95(97)

Wegen der erwähnten objektiven, nur von sachlichen Gesichtspunkten bestimmten, sachverständigen Beurteilung wird die Eignungsprüfung als das unter allen Umständen beweiskräftigste Mittel, die Befähigung eines Antragstellers zu klären, betrachtet. Ihr Ergebnis kann daher auch nicht durch andere Beweismittel in Frage gestellt werden.¹

Kann der Befähigungsnachweis nicht erbracht werden, dann muß der Antrag auf Ausnahmegewilligung - selbst bei Härtefällen - abgelehnt werden.² Dies folgt aus der Gesamtkonzeption der Handwerksordnung, die die selbständige Handwerksausübung grundsätzlich vom Befähigungsnachweis des Gewerbetreibenden abhängig macht und nur in Ausnahmefällen eine Milderung der Form des Nachweises der Befähigung zuläßt, ohne das Befähigungsprinzip zu durchbrechen. Daraus ergibt sich, daß ohne Nachweis der Befähigung keine Ausnahmegewilligung erteilt werden darf, und diese behördliche Genehmigung somit von der Erfüllung beider Voraussetzungen abhängig ist. Ob aber nicht dennoch zwischen dem Nachweis der Befähigung und dem Ausnahmefall eine gewisse Rangfolge besteht, soll nun geklärt werden.

213. Die Rangfolge der Voraussetzungen Ausnahmefall/ Befähigungsnachweis

Das Gesetz macht die Erteilung einer Ausnahmegewilligung von zwei Voraussetzungen, dem Ausnahmefall und dem Nachweis der erforderlichen Befähigung, abhängig. Fraglich erscheint es dabei, ob beiden Tatbestandsmerkmalen gleiches Gewicht beizulegen ist, oder ob sie sich in ihrer rechtlichen Bedeutung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unterscheiden.

Bei einem Überblick über die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes lassen sich mehrere Phasen unterscheiden.

1) Vgl. BayVGH v. 28.3.63 GewA 63,275(276); OVG Koblenz v. 24.3.65 GewA 66,65(66); h.M.

2) Ebenso Reuss, Handwerksrecht, Anm. I 1 zu § 8;
Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 5 zu § 8

In seiner ersten und grundlegenden Entscheidung zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung legte dieses Gericht beiden Tatbestandsvoraussetzungen gleiches Gewicht bei.¹ Es bestätigte damit die damals herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre und verwirft insoweit die Ansicht von Eyermann-Fröhler, nach der dem Berufsbewerber die Wahl zwischen Meisterprüfung und Befähigungsnachweis im Rahmen der Ausnahmegewilligung gestattet sei.² Weiter führt das Gericht aus, daß eine Verpflichtung, die fachliche Befähigung zu prüfen, dann nicht gegeben sei, wenn Ausnahmegründe nicht vorliegen.

Diese Rechtsprechung gab das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 26.1.62 ausdrücklich auf.³ Unter Berufung auf die Handwerksentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 17.7.1961 BVerfGE 13,97 führt das Gericht nunmehr aus, daß bei der Beurteilung, ob eine Ausnahmegewilligung zu erteilen sei, die Frage der Befähigung stets im Vordergrund zu stehen habe, und deshalb an erster Stelle zu prüfen sei. Bei nachgewiesener Befähigung sollte bei der Entscheidung über das Vorliegen eines Ausnahmefalles nicht engherzig verfahren werden. Durch diese Entscheidung wird eine Gewichtung der Voraussetzungen vorgenommen; geblieben ist jedoch die Notwendigkeit des Vorliegens beider Tatbestandsmerkmale.

Nachdem diese Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung zu Recht auf Kritik gestoßen war, hat das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheidung vom 28.5.65⁴ seine Rechtsprechung erneut berichtigt und dem Ausnahmefall die ihm

1) Vgl. U v. 5.5.59 NJW 59,1698(1699) = BVerwGE 8,287(289); vgl. auch BVerwG v. 14.8.59 GewA 59/60,138(139); BVerwG v. 14.8.59 GewA 59/60,139(140)

2) Vgl. Eyermann-Fröhler, Anm. II zu § 7; ebenso - später - Reuss, Handwerksrecht, II zu § 8

3) Vgl. BVerwGE 13,317 = GewA 62,95 = BayVB1. 62,183 = BB 62,314 = MDR 62,601; vgl. auch BVerwG v. 9.2.62 GewA 62,175 = DÖV 62,262

4) Vgl. Depenbrock, J., a.a.O., BB 62,1063(1963ff); Honig, Ausnahmegewilligung, JuS 65,437(441); Kröger, G., a.a.O., GewA 67,145(146)

5) Vgl. VG Berlin v. 14.3.62 DHKT Rd.-Schr. Nr. 11 von 1962; VGH Bad.-W. v. 6.7.62 GewA 62,271(271); BayVGH v. 28.2.63 GewA 63,210(211); OVG Münster v. 26.2.64 GewA 64,226 (226f); BayVGH v. 14.5.64 GewA 64,229(229)

6) GewA 65,229

vom Gesetzgeber gegebene, dem Befähigungsnachweis gleichwertige Bedeutung, wieder eingeräumt.¹

Letztere Rechtsauffassung ist auch die allein richtige: Zunächst erfolgte die Berufung auf die Handwerksentscheidung zu Unrecht, denn dort kann keine Rechtfertigung für die im Urteil vom 26.1.62 vertretene Meinung entnommen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich ausgeführt, daß Ausnahmefälle mindestens dann anzunehmen seien, wenn es eine übermäßige, nicht zumutbare Belastung darstellen würde, einen Berufsbewerber auf den Nachweis seiner fachlichen Befähigung durch Ablegung der Meisterprüfung zu verweisen, und daß von der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht engherzig Gebrauch gemacht werden sollte.³ Damit hat dieses Gericht lediglich die anlässlich der Novellierung der Handwerksordnung im Jahre 1965 erfolgte Neuformulierung der Regelung zur Ausnahmegewilligung vorweggenommen, dem Ausnahmefall also materielle Bedeutung beigemessen, aber keinesfalls die Frage der Befähigung in den Vordergrund geschoben, noch den Charakter dieser Vorschrift als Ausnahme von der Regel in Frage gestellt. Weiter stand der abzulehnenden Rechtsauffassung der eindeutige Wortlaut und Sinn sowie die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Bestimmungen zur Ausnahmegewilligung entgegen, die von dem Regelfall der abzulegenden Meisterprüfung ausgehen. Zudem muß die Forderung, die Befähigung stets an erster Stelle zu prüfen, schon aus (prozeß-) ökonomischen Gründen abgelehnt werden,⁴ denn es wäre abwegig, dem Antragsteller etwa einen schwierigen und unter Umständen kostspieligen Nachweis von Kenntnissen und Fertigkeiten zuzumuten, um dann nach erfolgtem Nachweis den Antrag auf Ausnahmegewilligung mit der Begründung abzulehnen, es sei kein Ausnahmefall gegeben.⁵ Zutreffend führt das VG Arnsberg daher aus, daß der vom Bun-

1) Kritisch zum Versuch des Gerichtes, seine Auffassung vom 26.1.62 umzudeuten: Kröger, G., a.a.O., GewA 67,145 (146 FN 25)

2) Vgl. BVerfGE 13,97(121f)

3) Vgl. Honig, Ausnahmegewilligung, JuS 64,437(441)

4) Vgl. OVG Münster v. 3.6.44 DIKT Rd.-Schr. Nr. 22 von 1964

5) Ebenso Kröger, G., a.a.O., GewA 67,145(146)

desverwaltungsgericht vorgesehene Verfahrensweg zu einer unnötigen, wenn nicht gar sinnlosen und deshalb nicht zu verantwortenden Belastung führen würde.¹ Zu Recht wurde deshalb darauf verwiesen, daß, wenn ein Anspruch an zwei selbständige Voraussetzungen geknüpft sei, nicht verlangt werden könne, daß die eine Voraussetzung stets an erster Stelle zu prüfen sei.²

Ausnahmefall und Befähigungsnachweis haben demnach für die Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung gleiche Bedeutung. Liegt eine der Voraussetzungen nicht vor, so ist der Antrag abzulehnen. Auf die Überprüfung der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten kann also bei Nichtvorliegen eines Ausnahmefalles verzichtet werden; umgekehrt braucht das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals "Ausnahmefall" nicht unbedingt geprüft zu werden, wenn offensichtlich der Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nicht erbracht werden kann.³

214. Das rechtliche Interesse

Neben der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale Ausnahmefall und Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten setzt die Erteilung der Ausnahmebewilligung ein rechtliches Interesse des Antragstellers an dieser Genehmigung voraus.⁴

-
- 1) Vgl. VG Arnshausen v. 9.7.64 DHKT Rd.-Schr. Nr. 17/1964
 - 2) Vgl. OVG Münster v. 3.6.64 DHKT Rd.-Schr. Nr. 22/1964
 - 3) Vgl. VG Ansbach v. 18.12.63 GewA 64,163(164); VG Ansbach v. 30.4.65 GewA 66,17(18); OVG Lüneburg v. 31.10.66 GewA 67,170(170); VG Gelsenkirchen v. 14.12.67 GewA 68,133(134); VG Stuttgart v. 12.2.69 GewA 69,162(162); BVerwG v. 24.4.69 GewA 69,256(257); BVerwG v. 23.2.70 GewA 71,164(165); VGH Bad.-W. v. 28.6.72 GewA 74,160(160); BVerwG v. 10.10.72 GewA 73,46(47), h.M.
 - 4) So auch Kröger, G., a.a.O., GewA 67,145(146). Von einem "allgemein gültigen Grundsatz" zu sprechen (Kröger, G., a.a.O., GewA 67,145(151)), wenn das Sachbescheidungsinteresse als Voraussetzung des Erlasses eines Verwaltungsaktes gemeint ist, erscheint verfrüht, da dieses - aus systematischen Gründen dem Prozeßrecht entnommene - Institut, welches z.T. dem Prinzip der Ökonomie der Verwaltung entspreche, sowohl prinzipiell wie auch im Einzelfall umstritten ist (vgl. hierzu - allgemein - Kienzle, Werner, Das rechtliche Interesse an der Erteilung gebundener Erlaubnisse, GewA 63,97; ders., Anmerkung zu BVerwG v. 17.12.64, NJW 65,1497; Gierth, Kurt, Vom Sachbescheidungsinteresse, DVBl. 67,848)

Es stellt sich daher die Frage, wann die höhere Verwaltungsbehörde aus diesem Grunde einen Antrag ablehnen kann.¹ In diesem Zusammenhang gilt es zu klären, ob diese Behörde zu prüfen hat, ob der Bewerber überhaupt ein Handwerk betreiben will. Da diese Genehmigung weiter eine Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle darstellt, muß auch der Anspruch eines Antragstellers auf eine Ausnahmegewilligung untersucht werden, wenn dieser sie nicht für eine selbständige, sondern für eine unselbständige Berufsausübung und damit nicht für die Eintragung in die Handwerksrolle anstrebt.

Eine Ausnahmegewilligung ist grundsätzlich dann zu versagen, wenn der Antragsteller offensichtlich auch ohne eine solche Gewilligung das von ihm beabsichtigte Handwerk selbständig auf Dauer ausüben dürfte, d.h. wenn offenkundig wäre, daß die Eintragung in die Handwerksrolle nach anderen Vorschriften (z.B. § 119 HO, § 71 BVFG) erfolgen könnte. In diesem Fall bedarf er keiner besonderen behördlichen Genehmigung. Bietet ein Antrag solche Gesichtspunkte,² so ist der Antragsteller darauf hinzuweisen und ihm Gelegenheit zu gewähren, dies von der zuständigen Handwerkskammer prüfen zu lassen.³ Vor deren Entscheidung wird der Antrag auf Ausnahmegewilligung nicht mit der Begründung abgelehnt werden dürfen, daß die rechtlichen Voraussetzungen für eine Eintragung nach

- 1) Da die Bayerische Staatsregierung von der in Art. 17 Z.2 des Zuständigkeitslockerungsgesetzes v. 10.3.1975 (BGBl. I S. 685) ausgesprochenen Ermächtigung, die Zuständigkeit auf eine andere Behörde (als nach § 8 Abs. 3 S. 1 HO vorgesehen) zu übertragen, bisher (Ende Oktober 1976) keinen Gebrauch gemacht hat, wird im Text die höhere Verwaltungsbehörde als zuständige Behörde bezeichnet.
- 2) Die höhere Verwaltungsbehörde ist hierbei verpflichtet zu prüfen, ob der Bewerber einen Rechtsanspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle nach anderen Vorschriften hat und deshalb der Ausnahmegewilligung nicht bedarf. (So Siegert-Musielak, Anm. 39 zu § 8, mit Hinweis auf BVerwG v. 14.5.63 GewA 63,232(232) = DVBl. 63,777(778) und OVG Münster v. 22.3.61 GewA 62,133(133). Ebenso Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 40 zu § 8)
- 3) Falls dies, da der Weg in der Regel von der Handwerkskammer zur höheren Verwaltungsbehörde führt, nicht schon vorher geschehen ist

anderen Vorschriften vorlägen, denn, wie wiederholt angemerkt wurde, muß das Verfahren der Eintragung in die Handwerksrolle streng von dem Verfahren der Erteilung einer Ausnahmegewilligung getrennt werden. Über die Eintragung in die Handwerksrolle hat aber in erster Instanz allein die Handwerkskammer, nicht auch die höhere Verwaltungsbehörde, zu entscheiden.¹ Macht der Bewerber von der angebotenen Möglichkeit (der Aussetzung des Genehmigungsverfahrens) keinen Gebrauch, weil er z.B. als überlebender Ehegatte oder Erbe eines eingetragenen selbständigen Handwerkers den Betrieb nach Ablauf der in § 4 Abs. 2 HO vorgesehenen Frist ohne handwerksrechtlich qualifizierten Betriebsleiter fortführen möchte oder weil er die Eintragungsvoraussetzungen nach anderen Vorschriften nicht nachzuweisen vermag, so muß über seinen Antrag (von der höheren Verwaltungsbehörde) entschieden werden.² Mangelndes rechtliches Interesse liegt dann nicht mehr vor.

Die Frage, ob die höhere Verwaltungsbehörde zu prüfen hat, ob der Antragsteller überhaupt ein handwerksfähiges Gewerbe handwerksmäßig betreiben will und deshalb in der Handwerksrolle eingetragen sein muß, ist in der Literatur umstritten.³ Dem Bundesverwaltungsgericht ist zwar von der Logik her zuzustimmen, wenn es ausführt, daß, nachdem die höhere Verwaltungsbehörde vorweg zu prüfen habe, ob eine Eintragung in die Handwerksrolle auf Grund sonstige gesetzlicher Vorschriften möglich sei, diese um so mehr der Frage nachzugehen habe, ob ein Berufsbewerber für die von ihm beabsichtigte Berufsausübung überhaupt einer Eintragung in die Handwerksrolle bedarf.⁴ Dieser Satz kann jedoch nicht so gemeint sein, daß die höhere Verwaltungsbehörde (abschließend) zu entscheiden habe, ob eine Eintragung in die Handwerksrolle notwendig sei.⁵ Hierbei wäre diese Behörde vom Tat-

1) Die Eintragung ist Selbstverwaltungsangelegenheit der Handwerkskammer, vgl. VG Stuttgart v. 9.6.65 GewA 66, 128(129)

2) Ebenso Kröger, G., a.a.O., GewA 65, 145(151)

3) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 39 zu § 8; Kröger, G., a.a.O., GewA 67, 145(152) einerseits; Eyermann-Fröhler-Mont, 1973, Anm. 40 zu § 8; BVerwG v. 12.2.65 GewA 65, 165(166) andererseits

4) Vgl. BVerwG v. 12.2.65 GewA 65, 165(166)

5) Ebenso Kröger, G., a.a.O., GewA 65, 145(151)

sächlichen her überfordert, da umfangreiche Ermittlungen notwendig wären, mit denen der Gesetzgeber das Verfahren zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung wohl nicht belasten wollte, zumal der Verwaltungsbehörde auch nicht entsprechende Ermittlungsbefugnisse, wie etwa der Handwerkskammer nach § 17 HO, eingeräumt wurden. Darüber hinaus muß auch hier darauf verwiesen werden, daß die alleinige Entscheidung über die Eintragung in die Handwerksrolle bei der Handwerkskammer liegt und nicht bei der höheren Verwaltungsbehörde. Wie bei dem obigen Problem der Prüfung des Vorliegens anderer Eintragungsvoraussetzungen wird man daher ebenfalls nur eine allen Behörden obliegende Verpflichtung, rechtsunkundige Antragsteller im Rahmen gegebener Zuständigkeiten aufzuklären, annehmen können.¹ Die Behörde hat also (im Interesse des Antragstellers) zunächst zu prüfen, ob er überhaupt einer Ausnahmegewilligung bedarf. Betrifft ein Antrag zweifelsfrei gar keine handwerkliche Tätigkeit, weil diese im Zeitpunkt der Entscheidung offensichtlich kleingewerblich, industriell ausgeübt wird oder nicht in der Positivliste aufgeführt ist, dann sollte der Bewerber dahingehend belehrt und ihm Gelegenheit gewährt werden, den Antrag zurückzuziehen. Nimmt er ihn nicht zurück, und schließt man sich der These vom Sachbescheidungsinteresse als Voraussetzung des Erlasses eines Verwaltungsaktes an, so muß der Antrag zurückgewiesen werden. Folgt man dieser Theorie nicht, so hätte die Entscheidung zu erfolgen, "wie wenn er eine handwerkliche Tätigkeit ausüben wollte". Letztere Lösung gewährt bei kleingewerblicher oder industrieller Tätigkeit einen verfahrensökonomischen Vorteil, da eine Ausnahmegewilligung etwa für eine künftige Betriebsumstellung oder Betriebserweiterung notwendig werden könnte.² Bestehen

1) Ebenso Kröger, G., a.a.O., GewA 65,145(151)

2) Das OVG Münster umgeht in seinem U vom 3.3.65 GewA 66,15 (16) die aufgezeigte Problematik, indem es bereits ein Sachbescheidungsinteresse in jenen Fällen annimmt, in denen sich ("bei günstigen Verhältnissen") die Notwendigkeit einer Ausnahmegewilligung erst zukünftig ergibt. Anderer Auffassung ist - allgemein - Gierth: "Eine Behörde kann einen Antrag wegen fehlendem Sachbescheidungsinteresse als unzulässig abweisen ... wenn der Antragsteller kein gegenwärtiges Interesse an einer Sachentscheidung hat." (Gierth, K., a.a.O., DVBl. 67,848(852))

Zweifel an der Handwerksfähigkeit oder Handwerksmäßigkeit, dann ist der Antragsteller entsprechend zu belehren und eine Entscheidung der Handwerkskammer herbeizuführen. Vor dieser Entscheidung wird der Antrag auf Ausnahmegewilligung nicht mit der Begründung abgewiesen werden dürfen, es läge kein rechtliches Interesse an dieser Genehmigung vor.

Die Voraussetzung "rechtliches Interesse" hat bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung noch in einer anderen Problemstellung Bedeutung, nämlich bei der Frage, ob diese Bewilligung auch für unselbständige Tätigkeiten erteilt werden muß.

Das Bundesverwaltungsgericht verneinte in seinem Urteil vom 19.10.1971 wegen fehlendem Interesse an einer Sachbescheidung einen Anspruch auf Ausnahmegewilligung, da der Kläger diese nicht für eine selbständige, sondern für eine unselbständige Berufsausübung erstrebte.¹ Das Gericht begründete seine Auffassung damit, daß § 8 HO in dem ersten Teil der Handwerksordnung stehe, der die Überschrift "Ausübung eines Handwerks" trage, womit gemäß § 1 Abs. 1 HO der selbständige Betrieb eines Handwerks gemeint sei. Die Ausnahmegewilligung habe deshalb allein den Zweck, zur Eintragung eines selbständigen Handwerkers in die Handwerksrolle zu führen. Da bei (beabsichtiger) unselbständiger Berufsausübung keine Eintragung in die Handwerksrolle möglich sei, fehle bereits das Interesse an einer Sachbescheidung.

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden.² Der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Standort dieser Vorschrift ist zwar zuzustimmen, jedoch wird hier zu berücksichtigen sein, daß die Handwerksordnung "gesetzesstechnisch ... schlecht"³ ist, und daher bei der Auslegung nicht der sonst bei Gesetzesinterpretation übliche Maßstab angelegt

1) Vgl. BVerwG v. 19.10.71 GewA 72,72(72)

2) Soweit ersichtlich vertritt auch eine Mehrheit die Auffassung, an Unselbständige könne gleichfalls eine Ausnahmegewilligung erteilt werden (vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 40 zu § 8; Siegert-Musielak, Anm. 39 zu § 8; Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 52; Dannbeck, Siegmund, Ausnahmegewilligung nur zur Eintragung in die Handwerksrolle?, GewA 72,222(223f); OVG Münster v. 13.1.70 GewA 70,224(224))

3) So - in anderem Zusammenhang - Reuss, Handwerkrecht, S. 347

werden darf. Zudem erkennt die Handwerksordnung selbst Unselbständige als Inhaber von Ausnahmegewilligungen an, wie sich zweifelsfrei aus dem eindeutigen Wortlaut der Absätze 4 und 5 des § 7 HO ergibt. Wenn die Meinung des Bundesverwaltungsgerichtes richtig wäre, ließe sich unter Berücksichtigung der angeführten Absätze des Gesetzes nur schließen, daß der (unselbständige) Betriebsleiter bevor er eine solche Tätigkeit angenommen hat, selbständig hätte sein müssen, um eine Ausnahmegewilligung bekommen zu können. Eine solche Auffassung entspricht aber nicht der ratio legis und wird den Tendenzen der Neufassung der Handwerksordnung nicht gerecht, die die Möglichkeiten, in denen ein Unselbständiger eine führende Rolle im Handwerk bekleiden kann, verstärkt hat.¹ Es hieße Steine statt Brot zu geben, wollte man die gesetzliche Regelung so interpretieren, daß zwar z.B. eine juristische Person eingetragen werden muß, wenn der Betriebsleiter eine Ausnahmegewilligung besitzt, wie es eindeutig aus § 7 Abs. 4 HO hervorgeht, daß eine solche Ausnahmegewilligung aber nur an Selbständige erteilt werden könne. Zudem widerspricht die Meinung des Bundesverwaltungsgerichtes - was allerdings nur als Indiz für dessen falsche Interpretation angesehen werden kann - der Handhabung in der Verwaltungspraxis.

Daher wird davon auszugehen sein, daß es auch weiterhin möglich ist, eine Ausnahmegewilligung etwa mit der Begründung zu beantragen, als Leiter eines handwerklichen Nebenbetriebes tätig zu sein bzw. sein zu wollen. Dies gilt ebenfalls für den Stellvertreter im Sinne des § 45 GewO. Weiter sei gedacht an die Beaufsichtigung der Hackfleischherstellung in Fleischereibetrieben und Einzelhandelsbetrieben.^{2,3} Damit hat die Ausnahmegewilligung auch Bedeutung für gewerbliche Tätigkeiten, die von den Regelungen der Handwerksordnung überhaupt nicht erfaßt werden, für die keine Eintragung in die Handwerksrolle in Frage kommt, bei denen aber gleichwohl

1) Ebenso OVG Münster v. 13.1.70 GewA 70,224(224)

2) Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2,3 der Hackfleischverordnung vom 16.7.1965 (BGBl. I S. 619)

3) Ebenso Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 40 zu § 8; Siegert-Musielak, Anm. 39 zu § 8 a.A. BVerwG v. 19.10.71 GewA 72,72(72)

auf die Erfüllung der Voraussetzungen für die Eintragung abgestellt wird.¹ In allen diesen Fällen kann somit ein rechtliches Interesse des Antragstellers an der Erteilung einer Ausnahmegewilligung bestehen.

215. Die Zuverlässigkeit

Wegen Unzuverlässigkeit kann einem selbständigen Handwerker die weitere Gewerbeausübung untersagt werden. Die Rechtsgrundlage hierfür stellt - mit Ausnahme einiger weniger Handwerke² - § 35 GewO dar. Zweifelhaft könnte es nun sein, ob einem Antragsteller, der offensichtlich den Untersagungs-tatbestand dieser Vorschrift erfüllt oder gegen den eine diesbezügliche Gewerbeuntersagung bereits ausgesprochen wurde, eine Ausnahmegewilligung zu erteilen ist.

Das OVG Lüneburg hat hierzu in einer Entscheidung den Standpunkt vertreten,³ daß es nicht dem gesetzgeberischen Willen entsprechen könne, die Verwaltungsbehörde zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung zu verpflichten, wenn die dadurch ermöglichte Gewerbeausübung sogleich wieder untersagt werden müßte. Da die Untersagung nach § 35 GewO nicht im Ermessen der zuständigen Behörde stehe, sondern eine Rechtsentscheidung sei, die bei Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes erfolgen müsse, könne daher bei offensichtlicher Unzuverlässigkeit keine Ausnahmegewilligung beansprucht werden.

Dieser Rechtsauffassung kann nicht gefolgt werden. Richtig ist vielmehr, daß die Behörde - selbst bei bereits erfolgter (einschlägiger) Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit - bei Vorliegen der bisher angeführten Voraussetzungen nicht berechtigt ist, eine beantragte Ausnahmegewilligung zu versagen. Dies ergibt sich zunächst aus der Nichterwähnung der Zuverlässigkeit bei den in § 8 HO normierten Voraussetzungen. Allerdings ist einzuräumen, daß eine diesbezügliche Erweiterung eventuell aus allgemeinen Rechtsgrund-

1) Erinnert sei hier auch an die (selbständige) Ausübung des Friseurhandwerks als Reisegewerbe (§ 56 Abs. 1 Nr. 5 GewO)

2) Vgl. FN 6 auf S. 5

3) Vgl. OVG Lüneburg v. 28.10.60 GewA 61,51

sätzen gegeben sein könnte. Hiergegen läßt sich jedoch einwenden, daß das gesamte Handwerksrecht weder bei der Gewerbezulassung, noch bei der Zulassung zu Prüfungen das Tatbestandsmerkmal Zuverlässigkeit kennt, sondern vielmehr unter dem Leitgedanken der Befähigung steht. Insbesondere muß darauf verwiesen werden, daß bei dem vergleichbaren (Regel-) Fall der Meisterprüfung diesem Kriterium keinerlei Bedeutung zukommt. Ist daher in der Ausnahmegewilligung - ebenso wie in der Meisterprüfung - ein mit Dauerwirkung versehener rein fachlicher Qualifikationsnachweis zu sehen, so würde es - worauf Fröhler zutreffend hinweist¹ - zu einer ungerechtfertigten Schmälerung der Rechtsposition des Antragstellers führen, wenn man diesem den Qualifikationsnachweis unter Berufung auf seine eventuell nur gegenwärtige Unzuverlässigkeit verweigern würde. Auch das Argument der mißbräuchlichen Rechtsausübung führt hier nicht weiter, denn dieses würde voraussetzen, daß die Ausnahmegewilligung notwendigerweise sofort wieder entzogen werden müßte, daß also die Erteilung ohne Wert wäre. Dies trifft aber, abgesehen von den bereits angeführten Argumenten auch aus dem Grund nicht zu, weil es - ebenso wie beim Qualifikationsnachweis Meisterprüfung - keine Geltungsbeendigung einer Ausnahmegewilligung wegen Unzuverlässigkeit gibt. Es stimmt folglich nicht, daß in diesem Fall mit der einen Hand genommen werden müßte, was mit der anderen Hand gegeben worden war. Zudem könnte es für den Fall eines Antrages nach § 35 Abs. 6 GewO von Bedeutung sein, ob der Betreffende überhaupt das Gewerbe ausüben darf.² Weiter würde die Berücksichtigung der Unzuverlässigkeit des Bewerbers zu der nicht gerechtfertigten Konsequenz führen, daß die durch § 35 Abs. 2 GewO eröffnete Möglichkeit, den Betrieb durch einen Stellvertreter fortführen zu lassen, entfallen würde, da dann - bei Nichterteilung der Ausnahmegewilligung - der Gewerbetreibende mangels Erfüllung der Eintragungsvoraussetzungen nicht in

1) Vgl. Fröhler, Ludwig, Anmerkung zu OVG Lüneburg v.28.10.60 GewA 61,79(79)

2) So - im Zusammenhang mit der Frage des Rechtsschutzinteresses an einer Klage auf Ausnahmegewilligung bei noch bestehender Gewerbeuntersagung - OVG Münster v. 26.2.64 GewA 65,33

die Handwerksrolle eingetragen werden könnte. Ausschlaggebend dafür, daß die Zuverlässigkeit des Antragstellers keine Voraussetzung einer Ausnahmegewilligung sein kann, ist jedoch das Argument, daß diese Gestattung nicht nur zur Eintragung in die Handwerksrolle benützt werden kann, sondern auch für Unselbständige Bedeutung besitzt. Da es nur eine einheitliche Ausnahmegewilligung gibt, diese also nicht getrennt nach selbständiger oder unselbständiger Berufsausübung erteilt werden kann, würde es, da § 35 GewO nur die Untersagung der (selbständigen) Gewerbeausübung betrifft, eine unzulässige Beeinträchtigung der Rechtsposition des Bewerbers bedeuten, wollte man hier den Antrag ablehnen.

Somit ergibt sich als Ergebnis, daß die Zuverlässigkeit eines Antragstellers keine Voraussetzung einer Ausnahmegewilligung ist, und trotz bestehender Gewerbeuntersagung eine solche Bewilligung erteilt werden muß. Daraus folgt dann, daß ein Antrag erst recht nicht abgelehnt werden kann, wenn die Gewerbeuntersagung noch nicht ausgesprochen wurde, sondern - wie bei dem erwähnten Fall des OVG Lüneburg - die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden lediglich offensichtlich ist. Hierfür lassen sich neben den gerade angeführten Argumenten noch folgende Gründe angeben: § 35 Abs. 1 GewO setzt ein bereits ausgeübtes Gewerbe voraus. Die Verweigerung der Ausnahmegewilligung würde dagegen eine präventive Maßnahme sein, und die Frage einer Gewerbeuntersagung in ein Stadium vorverlagern, in dem - wegen der möglichen Verwendung der Ausnahmegewilligung zur selbständigen oder unselbständigen Berufsausübung - überhaupt noch nicht feststeht, ob diese Frage jemals aktuell wird. Zudem sind hier die unterschiedlichen Zuständigkeiten für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung und der Untersagung wegen Unzuverlässigkeit zu berücksichtigen. Würde man der nach § 8 Abs. 3 HO für die Ausnahmegewilligung zuständigen höheren Verwaltungsbehörde das Recht (und wohl auch die Pflicht ?) einräumen, einen Antrag wegen Mangel an Zuverlässigkeit abzulehnen, so käme dies einer Präjudizierung der für die Untersagung nach § 35 GewO zuständigen (Kreisverwaltungs-) Behörde gleich. Ein solches materielles Prüfungsrecht würde eine unzulässige Verlagerung der Kompetenzen darstellen. Die Ausnahmegewilli-

gung ist daher ohne Rücksicht auf ein sich möglicherweise anschließendes Untersagungsverfahren zu erteilen.¹

Als Endergebnis läßt sich daher festhalten, daß die höhere Verwaltungsbehörde die Zuverlässigkeit des Bewerbers nicht zu prüfen braucht und die Erteilung der Ausnahmegewilligung nicht wegen Unzuverlässigkeit des Antragstellers ablehnen kann; die Zuverlässigkeit ist keine Voraussetzung dieses Verwaltungsaktes. Sind die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen, liegt ein Ausnahmefall vor und hat der Bewerber ein rechtliches Interesse an der Ausnahmegewilligung, dann muß diese erteilt werden.

22. Die Beschränkungen der Ausnahmegewilligung

221. Die inhaltliche Beschränkung

2211. Die Voraussetzungen der Ausnahmegewilligung für Teilhandwerke

Nach § 8 Abs. 2 HO kann die Ausnahmegewilligung (auf Antrag oder von Amts wegen) auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkt werden, die zu einem in der Anlage A der Handwerksordnung aufgeführten Gewerbe gehören. Damit hat der Gesetzgeber anläßlich der Novellierung der Handwerksordnung im Jahre 1965 einen bis dahin herrschenden Streit in Rechtsprechung und Schrifttum entschieden,² dessen Tendenz dahin ging, die Zulässigkeit von Teilbewilligungen zu verneinen. Zur gesetzgebungspolitischen Zielsetzung von der man sich leiten ließ, wird im Ausschlußbericht 1965 ausgeführt: Der Ausschuß "ist davon überzeugt, daß diese weitere Lockerung der Zulassungsvoraussetzungen, die den Grundsatz des Befähigungsnachweises aber aufrechterhält, ebenfalls aus allgemeinen wirtschaftspolitischen Erwägungen notwendig ist. Der Ausschuß möchte mit dieser Art der Ausnahmegewilligung auch besonderen Lagen im Einzelfall gerecht

1) Ebenso Kienzle, Werner, Gewerbeuntersagung nach § 35 der Gewerbeordnung, Berlin Frankfurt/M. 1965 (zukünftig zitiert: Kienzle, Gewerbeuntersagung), S. 7 f; Siegert-Musielak, Anm. 30 zu § 8

2) Vgl. hierzu die Zusammenstellungen bei Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 6 zu § 8; Fröhler, Teilhandwerk, S. 40 f

werden können. Er möchte vermeiden, daß mit dem unbeweglichen Instrument der Betriebsschließung wegen Nichterfüllung aller Voraussetzungen nach diesem Gesetz unnütze Härten wirtschaftlicher Art entstehen. Die bisherige Verwaltungspraxis ist Beweis genug, daß für eine solche Regelung ein echtes Bedürfnis besteht." ¹ Es soll nun zunächst versucht werden, darzustellen, welche objektiven (gegenständliche) Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Teilbewilligung erteilt werden kann. Dann sollen die subjektiven, d.h. von der antragstellenden Person zu erfüllenden Voraussetzungen untersucht werden.

Eine Ausnahmegewilligung kann nach dem gesetzlichen Wortlaut beschränkt werden "auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten ..., die zu einem in der Anlage A ... aufgeführten Gewerbe gehören" (§ 8 Abs. 2 HO). Umstritten ist nun im Schrifttum, welche Aussage damit verbunden werden sollte. Während einerseits die Auffassung vertreten wird, zwischen § 8 Abs. 2 HO ("wesentlicher Teil der Tätigkeiten") und § 1 Abs. 2 HO ("wesentliche Tätigkeiten") herrsche "Deckungsgleichheit", ² die Begriffe seien "synonym und besagen inhaltlich dasselbe", ³ bestreitet eine andere Meinung diese "Deckungsgleichheit". ⁴

Während Fröhler weiter diesen Begriff entsprechend der Interpretation des § 1 Abs. 2 HO qualitativ oder/und quantitativ bestimmen will, hält die andere Auffassung hier nur eine quantitative Abwägung für angebracht. ⁵ Auch unterscheiden sich die Meinungen dadurch, daß nach Fröhler ⁶ die Teilbe-

1) Ausschlußbericht 1965, I 1 c

2) Fröhler, Teilhandwerk, S. 43

3) Fröhler, Teilhandwerk, S. 44

4) Vgl. Honig, G. in: Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 25 zu § 8; wohl ders. in: Eyermann-Fröhler-Honig 1967, Anm. 25 zu § 8; ders., Die neue Handwerksordnung, GewA 66, 25 (27); Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 7 zu § 8; Dannbeck, S., a.a.O., BayVBl. 66, 78(81)

5) Vgl. Honig, G., wie unter Anm. 4; unklar Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 7 zu § 8: "Aus der Formulierung läßt sich entnehmen, daß hier (gemeint ist § 8 Abs. 2 HO - Anm. d. Verf.) - anders als bei § 1 - die Wertung der Tätigkeiten im Verhältnis zum Vollhandwerk nicht qualitativ sondern quantitativ zu erfolgen hat. Allerdings darf die qualitative Frage nicht außer Acht gelassen werden
..."

6) Vgl. Fröhler, Teilhandwerk, S. 46

willigung nicht gegenständlich auf fachlich oder wirtschaftlich sinnvolle Teilbereiche beschränkt werden darf, während Siegert-Musielak¹ die Gegenposition einnehmen. Einigkeit herrscht darüber, daß der beabsichtigte Arbeitsbereich von anderen im Berufsbild aufgeführten Arbeitsbereichen sicher unterscheidbar sein muß.²

Es hat zwar auf den ersten Blick, wegen des unterschiedlichen Wortlautes der §§ 1 Abs. 2 und 8 Abs. 2 HO, den Anschein, als würden unterschiedliche Aussagen damit zu verbinden sein; dieser Anschein trügt jedoch. § 8 Abs. 2 HO muß über § 7 Abs. 3 HO in Beziehung zu § 1 Abs. 2 HO gesetzt werden: Nach § 1 Abs. 2 HO liegt ein Handwerksbetrieb nur dann vor, wenn ein handwerksfähiges Gewerbe "vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten" handwerksmäßig betrieben wird. Der Begriff der wesentlichen Tätigkeiten ist dabei quantitativ und/oder qualitativ zu interpretieren.³ Unterhalb dieser Schwelle, also bei unwesentlichen Tätigkeiten, bedarf es keiner Zulassung nach der Handwerksordnung. Eine Ausnahmebewilligung kann in diesem Fall nicht beansprucht werden, da das rechtliche Interesse hieran fehlt. Nur innerhalb des Bereiches zwischen Vollhandwerk und Kleingewerbe besteht nach der Handwerksordnung Zulassungspflicht. Deshalb ist auch nur innerhalb dieses Bereiches Raum für eine Ausnahmebewilligung. Für die durch die Gesetzesnovelle von 1965 in die Handwerksordnung eingeführten Teilhandwerke schuf der Gesetzgeber dann - logischerweise - gleichzeitig einen entsprechenden (erleichterten) Zugang zum Gewerbe.⁴ Liegt daher ein Teilhandwerk nach § 1 Abs. 2 HO vor, so kann nach Erfüllung der übrigen Voraussetzungen hierfür eine Teil(ausnahme)bewilligung ausgestellt werden; § 1 Abs. 2 HO und § 8 Abs. 2 HO besagen trotz unterschiedlichen Wortlauts inhaltlich dasselbe. Das Gesetz kann nicht dahin verstanden

1) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 36 zu § 8

2) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 25 zu § 8;
Siegert-Musielak, Anm. 36 zu § 8; Kröger, G., a.a.O.,
GewA 67,145(148), Dannbeck, S., a.a.O., BayVBl. 66,78(81);
Honig, G., a.a.O., GewA 66,25(27)

3) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 107 ff

4) Im Ergebnis ebenso OVG Koblenz v. 3.12.57 GewA 57/58,
184(186)

werden, daß einerseits nach § 1 Abs. 2 HO (alle !) Teilhandwerke zulassungspflichtig sind, die Erteilung einer Teilbewilligung aber nur für bestimmte, eben quantitativ wesentliche Teiltätigkeiten in Frage kommt. Das Ergebnis einer solchen Interpretation wäre, daß für Tätigkeiten, die zulassungspflichtig nach § 1 Abs. 2 HO wären, aber quantitativ keinen wesentlichen Teil des gesamten berufsbildmäßigen Tätigkeitfeldes des einschlägigen Handwerks ausmachen, im Ausnahmefall keine Teilbewilligung, sondern eine (Voll-)Ausnahmebewilligung mit entsprechend umfangreichem Befähigungsnachweis anzustreben wäre. Diese unterschiedliche Behandlung vermag dem inneren Zusammenhang, der zwischen § 1 Abs. 2 HO und § 8 Abs. 2 HO besteht, nicht gerecht zu werden. Auch dem Willen des Gesetzgebers, wie er im Ausschußbericht 1965 dargestellt wurde, läßt sich nicht nur nichts Gegenteiliges, sondern eine Bestätigung für die Auffassung über den Zusammenhang zwischen § 1 Abs. 2 HO und § 8 Abs. 2 HO entnehmen: "Mit diesen auf wesentliche Teiltätigkeiten beschränkten Ausnahmebewilligungen soll ermöglicht werden, auch bereits bisher den Beschränkungen der Handwerksordnung unterliegende Tätigkeiten unter erleichterten Bedingungen selbständig auszuüben. Hier sei vermerkt, daß der Ausschuß sich darüber einig war, daß durch diese Änderung des geltenden Rechts die freie, nicht unter die Handwerksordnung fallende Gewerbeausübung nicht eingeschränkt werden soll. Die äußeren durch § 1 gezogenen Grenzen des Handwerks bleiben unverändert; nur innerhalb dieses Bereichs wird die Gewerbeausübung an in bestimmten Fällen erleichterte Bedingungen geknüpft." ¹ Hieraus ist klar ersichtlich, daß der Gesetzgeber für Teilhandwerke nach § 1 Abs. 2 HO in Ausnahmefällen einen erleichterten Zugang zum Gewerbe, eben über die Teilbewilligung schaffen wollte. Wenn nun Siegert-Musielak argumentieren, in § 1 Abs. 2 HO werde auf den Charakter der Tätigkeit, also auf einen mehr qualitativen Begriff abgestellt, während die Wendung 'wesentlicher Teil der Tätigkeiten' mehr ein quantitatives Element enthalte ² bzw. Honig ausführt, bei § 1

1) Ausschußbericht 1965, I 1 c

2) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 34 zu § 1

Abs. 2 HO werde auf die in den einzelnen Berufsbildern aufgeführten Grundfertigkeiten und -kenntnisse abgestellt, bei § 8 Abs. 2 HO komme es dagegen auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten an, es werde also auf das Arbeitsgebiet (1. Teil des Berufsbildes) abgestellt,¹ so kann dem - mit Fröhler² - nicht gefolgt werden. Es trifft eben nicht zu, daß der Begriff der wesentlichen Tätigkeiten im Sinne von § 1 Abs. 2 HO - nur - qualitativ zu interpretieren ist. Hiergegen spricht, daß dem Begriff "vollständig" wohl eindeutig nur quantitative Bedeutung zugemessen werden kann. Aus der engen Verknüpfung, die der Gesetzgeber in § 1 Abs. 2 HO gewählt hat ("vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten") ist zu schließen, daß die Wesentlichkeit von Tätigkeiten zumindest auch quantitativ bestimmbar sein sollte.³ Wenn dem so ist, dann läßt sich wohl kein Grund dafür angeben, warum der Begriff in § 8 Abs. 2 HO eine andere Interpretation finden sollte. Mit Fröhler wird daher davon auszugehen sein, daß zwischen § 8 Abs. 2 HO und § 1 Abs. 2 HO Deckungsgleichheit besteht, beide Begriffe synonym sind und inhaltlich dasselbe besagen.

Eine andere Frage ist, ob die Teilbewilligung einen "fachlich und wirtschaftlich sinnvollen Teil eines Handwerks" enthalten muß, wie es Siegert-Musielak fordern.⁴

Eine solche Auffassung wird abzulehnen sein, zumal insbesondere deren Begründung hierfür, daß der in erster Linie mit einer Ausnahmegewilligung verfolgte Zweck, die selbstständige Ausübung eines Gewerbes zu ermöglichen, nur erreicht werden könne, wenn die Tätigkeit als Grundlage für eine selbstständige Existenz denkbar sei,⁴ nicht überzeugt. Das Risiko finanzieller Rentabilität einer beabsichtigten gewerblichen Betätigung muß immer beim Unternehmer liegen. Keinesfalls kann es daher Angelegenheit der Behörde sein,

1) Vgl. Honig, G., in: Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 25 zu § 8

2) Die folgende Darstellung lehnt sich eng an Fröhler, Teilhandwerk, S. 45 f an

3) U.U. kann sogar das quantitative Moment ausschlaggebend sein, vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 115 f

4) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 36 zu § 8; ebenso - allerdings ohne Begründung - Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 24 zu § 8

ein solches Risiko durch Versagung der Teilbewilligung von vornherein auszuschalten.¹ Die von Siegert-Musielak vertretene Meinung würde auch schwerlich mit der vom Bundesverfassungsgericht im sog. Apothekenurteil zum Ausdruck gebrachten Einstellung zum Grundrecht der Berufsfreiheit zu vereinbaren sein, denn in seinen Ausführungen zur Berufsbildlehre vertritt das Gericht die Auffassung, daß Art. 12 GG es gestatte, jede erlaubte Tätigkeit zu ergreifen, auch wenn diese nicht einem traditionell oder rechtlich fixierten Berufsbild entspreche.²

Wenn Siegert-Musielak als weitere Begründung anführen, daß die Zulässigkeit der auf Teilbereiche eines Handwerks beschränkten Ausnahmbewilligung nicht zu einer willkürlichen Aufsplitterung der in der Anlage A genannten Gewerbebeeinträchtigungen mißbraucht werden dürfe, so ist dem entgegenzuhalten, daß eine Teilbewilligung nur in Ausnahmefällen erteilt werden kann, im übrigen aber derjenige Berufsanfänger, der ein Teilhandwerk ausüben möchte, den vollen Befähigungsnachweis (Meisterprüfung, gleichwertige Prüfung, usw.) erbringen muß.³ So bedauerlich die von Siegert-Musielak aufgezeigte Konsequenz auch sein mag, kann es jedoch nicht Aufgabe der Verwaltungsbehörden sein, die dem § 8 Abs. 2 HO immanente - oben erwähnte - gesetzgebungspolitische Motivation zu korrigieren. Die Forderung, daß die Teilbewilligung einen wirtschaftlich und fachlich sinnvollen Teil eines Handwerks enthalten muß, kann damit nicht aufrechterhalten werden. Allerdings ergibt sich eine Limitation dadurch, daß die mit Hilfe einer Ausnahmbewilligung angestrebte ausübende Teiltätigkeit klar abgrenzbar sein muß. Dieser Auffassung ist zuzustimmen,⁴ denn sonst könnte der Inhalt der Teilbewilligung nicht mehr ohne Schwierigkeiten ermittelt werden, es könnten Zweifel am Umfang der Berechtigung ent-

1) So auch Fröhler, Teilhandwerk, S. 46

2) Vgl. BVerfGE 7,377(397)

3) Die Problematik, die hier angedeutet wird, liegt nicht so sehr in der Erteilung (Abgrenzung) einer Teilbewilligung, sondern in der Anerkennung von Teilhandwerken. Dies erscheint aber wiederum nicht als ein rechtliches Anliegen, sondern mehr als ein staats-, mittelstands- und handwerkspolitisches Problem

4) Vgl. u.a. Siegert-Musielak, Anm. 36 zu § 8

stehen. Die Gesetzeseinhaltung wäre eventuell nicht mehr kontrollierbar. Wegen dieser Notwendigkeit muß die auszuübende Teiltätigkeit klar abgrenzbar sein. Eine Teilbewilligung kann daher nicht dahingehend erteilt werden,¹ daß bestimmte schwierige Arbeiten innerhalb eines Handwerks zu unterlassen seien. Offenkundige mangelnde Praktikabilität stehen dem entgegen.

Neben diesen objektiven (gegenständlichen) Voraussetzungen macht das Gesetz die Erteilung einer Teilbewilligung von der Erfüllung subjektiver Tatbestandsmerkmale abhängig. Während es dabei bezüglich des Umfangs der nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten eine klare Aussage trifft,² kann dies für das Merkmal "Ausnahmefall" nicht gesagt werden.³ Daher mag es nicht verwundern, daß die Meinungen, ob auch der Bewerber um eine Teilbewilligung eines Ausnahmegrundes bedarf, also für ihn die Ablegung der Meisterprüfung unzunutbar sein muß, auseinandergehen.⁴

-
- 1) Insoweit noch immer zutreffend BVerwG v. 9.10.59 GewA 59/60, 161(162)
 - 2) Es genügt der Nachweis der hierfür erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten. Dies sind die für das betreffende Teilhandwerk einschlägigen fachtheoretischen Kenntnisse, die einschlägigen Fertigkeiten, sowie die zur Führung eines jeden Handwerksbetriebes an sich notwendigen rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Grundkenntnisse. Der Fähigkeitsnachweis ist nach den üblichen Grundsätzen des Verfahrens bei der Ausnahmbewilligung zu erbringen.
 - 3) Bezüglich der Voraussetzung "rechtliches Interesse" an dem beantragten Verwaltungsakt wird auf die Ausführungen auf S. 216 ff verwiesen.
 - 4) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 27 zu § 8; Siegert-Musielak, Anm. 38 zu § 8; Honig, G., a.a.O., GewA 66,25 (27); Dannbeck, S., a.a.O., BayVBl. 66,78 (81 FN 10); Kröger, G., a.a.O., GewA 67,145(148); Musielak, Hans-Joachim, Anm. zu VG Oldenburg v. 19.4.1967, GewA 67,251 (251); VG Köln v. 30.3.67 GewA 67,254(254); VG Düsseldorf v. 1.6.67 GewA 67,252(253); VG Gelsenkirchen v. 28.3.68 GewA 68,255(255); VG Stuttgart v. 21.5.69 GewA 70,13(13); BVerwG v. 19.10.71 GewA 72,72(73); VGH Bad.-W. v. 17.3.72 GewA 72,241(242); VGH Bad.-W. v. 28.6.72 GewA 74,160(162); VG Berlin v. 10.1.73 GewA 74,159(159) einerseits; Ritgen, W., a.a.O., BB 66,8 (Beilage), vgl. auch VG Oldenburg v. 19.4.67 GewA 67,250(251) mit abl. Anm. von Musielak andererseits

Ritgen argumentiert gegen die Auffassung der herrschenden Meinung, daß bei dem Sonderfall des Antrags auf eine Teilbewilligung auch der Nachweis des Ausnahmefalles erbracht werden müsse, wie folgt: "... Die bei entsprechendem (d.h. eingeschränktem)¹ Befähigungsnachweis vom Gesetz ausdrücklich für zulässig erklärte Eintragung eines Teilhandwerks kann ... schlechthin nicht auf dem Wege über die Meisterprüfung,² sondern nur mit Hilfe einer Ausnahmbewilligung erreicht werden. Damit ist für diesen besonderen Fall der für die Erteilung einer Ausnahmbewilligung erforderliche Ausnahmestatbestand vom Gesetz selbst geschaffen worden und braucht nicht noch besonders nachgewiesen zu werden. Die in dem Ausschlußbericht³ vertretene Auffassung, auch die Erteilung einer auf einen Teilbereich eines Handwerks beschränkten Ausnahmbewilligung setze voraus, daß die Ablegung der Meisterprüfung für den Bewerber eine unzumutbare Belastung bedeuten müsse, ist mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar, welche die Möglichkeit einer auf einen solchen Teilbereich beschränkten Meisterprüfung nicht vorsieht."⁴

Dieser Auffassung von Ritgen, die letztlich auf einer gesetzlichen Fiktion des Ausnahmefalles bei Teilbewilligungen beruht, kann - wie noch zu begründen sein wird - ebensowenig gefolgt werden wie einer vom VG Oldenburg vertretenen Variante,⁵ die zwar - ebenso wie die herrschende Meinung - den Ausnahmegrund als Tatbestandsmerkmal (auch) der Teilbewilligung ansieht, diesen aber stets als erfüllt ansieht, da es dem Teilbewerber nicht zugemutet werden könne, da er sich nur auf einem Teilgebiet eines (Voll-)Handwerks betätigen möchte, die Meisterprüfung im Vollhandwerk abzulegen. Zumutbar wäre nur die Ablegung der Meisterprüfung in dem betreffenden Teilhandwerk, dies sei aber wegen § 46 Abs. 1 HO nicht möglich. Nach dieser Meinung wäre also bei Teilbewilligungen der Ausnahmefall generell zu unterstellen.

1) Anm.d.Verf.

2) Die Meisterprüfung kann nach § 46 Abs. 1 HO nur in einem Vollhandwerk abgelegt werden - Anm. d. Verf.

3) Vgl. Ausschlußbericht 1965, II Nr. 7

4) Ritgen, W., a.a.O., BB 66,8 f (Beilage)

5) Vgl. VG Oldenburg v. 19.4.67 GewA 67,250(251)

Zunächst zu der Auffassung von Ritgen¹: Gegen seine Darstellung spricht, was er selbst nicht bestreitet, der in den Gesetzgebungsmaterialien klar zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers, denn im Ausschlußbericht heißt es: "In beiden² Fällen ist aber Voraussetzung, daß die Ablegung der Meisterprüfung für den Bewerber eine unzumutbare Belastung bedeuten muß."³ Indes dieser subjektive Wille des Gesetzgebers verblaßt jedoch - worauf sich Ritgen implizit beruft, wenn er ausführt, daß die in dem Ausschlußbericht vertretene Auffassung mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar sei⁴ -, wenn eine solche Absicht nicht im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck kommt,⁵ denn der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat.⁶ Jedoch geht diese Auffassung von Ritgen, die wohl unter dem Blickwinkel der Auslegungstheorien von Gesetzen zu sehen sein wird,⁷ fehl. In systematischer Auslegung, d.h. aus dem Zusammenhang heraus, stellt sich die Teilbewilligung des

- 1) Vgl. hierzu auch OVG Münster v. 13.1.70 GewA 70,224(226). Das Gericht sieht hier den Ausnahmefall entgegen Ritgen als Tatbestandsmerkmal auch der Teilbewilligung, ist aber der Meinung, daß man "bei der Prüfung der Frage, ob ein Ausnahmefall vorliegt, dann unter Umständen großzügiger (wird) sein können ..."
- 2) Gemeint sind die Ausnahmeregelungen der Absätze 1 und 2 des § 8 HO - Anm. d. Verf.
- 3) Ausschlußbericht 1965, II Nr. 7
- 4) Vgl. Ritgen, W., a.a.O., BB 66,9 (Beilage)
- 5) So BVerfG v. 19.12.61 BVerfGE 13,261(268) unter Hinweis auf BVerfGE 11,126(130)
- 6) So BVerfG v. 17.5.60 BVerfGE 11,126(130)
- 7) Während die 'subjektive' Theorie auf den historischen Willen des 'Gesetzgebers' = Gesetzesverfassers, auf dessen Motive in ihrem geschichtlichen Zusammenhang abstellt, ist nach der objektiven Theorie, die in Rechtsprechung und Lehre immer stärker Anklang gefunden hat, Gegenstand der Auslegung das Gesetz selbst, der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers (so BVerfGE 11,126(129f)). Der Erforschung dieses Willens dienen die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatikalische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische A.), aus ihrem Zweck (teleologische A.) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische A.).

§ 8 Abs. 2 HO begrifflich als Ausnahmegewilligung dar. Sie muß daher - mit Fröhler¹ - im systematischen Zusammenhang mit den für die Ausnahmegewilligung schlechthin geltenden Vorschriften des § 8 Abs. 1 HO gesehen werden. Bei der Bestimmung in Abs. 2 handelt es sich nicht um einen Sondertatbestand, sondern nur um einen Unterfall des § 8 Abs. 1 HO.² Im ersten Absatz wird der Regelfall normiert; hiervon unterscheidet sich die Bestimmung des zweiten Absatzes nur dadurch, daß die Ausnahmegewilligung gegenständlich beschränkt werden kann und dann - um den Teilbewerber nicht übermäßig zu belasten - nur die hierfür erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen sind. Die Aussage des zweiten Teiles von Absatz 2 geht nicht dahin, daß kein Ausnahmefall vorliegen muß, also nur Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen wären, sondern er bedeutet, daß die nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten umfänglich zu beschränken sind. Die Begünstigung in Absatz 2 2. Halbsatz bezieht sich nur auf die Reduzierung des Befähigungsnachweises. Daß bei der Teilbewilligung ein Ausnahmefall vorliegen muß, folgt nicht nur aus dieser Überlegung, sondern ergibt sich auch zwingend bei der Übertragung der Legaldefinition der Ausnahmegewilligung von Absatz 1 auf Absatz 2, denn Absatz 2 ist dann folgendermaßen zu lesen: "Die Bewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle kann in Ausnahmefällen (gegenständlich) ... beschränkt werden." Der Ausnahmefall bleibt damit Tatbestandsmerkmal des Absatzes 2 des § 8 HO. Hierfür spricht neben der systematischen auch die grammatikalische Auslegung. Bei der zeitlich, durch Auflagen oder Bedingungen beschränkten Ausnahmegewilligung des § 8 Abs. 2 HO handelt es sich lediglich um eine Modifizierung, um einen Unterfall, der in § 8 Abs. 1 HO geregelten (Voll-)Ausnahmegewilligung. Unbestritten gelten für die mit Nebenbestimmungen versehene Gestattung die gleichen Voraussetzungen wie für die unbeschränkte Ausnahmegewilligung. Wenn das Gesetz dann in fortlaufender Reihe die zeitlich, durch Auflagen oder Bedingungen und die inhaltlich beschränkte Ausnahmegewilligung auführt,

1) Vgl. Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 52

2) So auch BVerwG v. 19.10.71 GewA 72,72(73)

erfordert bereits die grammatikalische Richtigkeit, daß auch bei dem Antrag auf Teilbewilligung die gleichen Voraussetzungen wie für eine mit Nebenbestimmungen versehene Ausnahmegewilligung gelten. Schließlich spricht die an Sinn und Zweck der Handwerksordnung orientierte Auslegung gegen die von Ritgen vorgebrachte Argumentation: Wenn der umfassende Charakter des Handwerkers gegenüber dem des reinen 'Facharbeiters' erhalten bleiben soll, dann muß - wie es auch in den Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck kommt - der Normalfall der Eintragungsvoraussetzungen die Ablegung der Meisterprüfung sein. Nur als Ausnahme von diesem Grundsatz kann - unter bestimmten Voraussetzungen - der Nachweis für das gesamte Handwerk auf andere Weise geführt werden. Wenn nun das Betätigungsfeld eines Handwerkers noch weiter eingeeengt werden soll, um "besonderen Lagen im Einzelfall gerecht werden zu können,"¹ so entspricht es der Billigkeit, den Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten quantitativ, aber nicht qualitativ, zu verringern. Aber lediglich die Aufrechterhaltung auch des zweiten Tatbestandsmerkmals, des Ausnahmefalles, wird der Überlegung gerecht, daß nur in Ausnahmefällen von dem Grundsatz des Befähigungsnachweises in Form der Meisterprüfung abgewichen werden darf. Nur so kann eine mit den Gesamt Tendenzen der Handwerksordnung nicht zu vereinbarende Zersplitterung und zuletzt eine Umgehung der gesetzlichen Vorschriften verhindert werden.²

Die Auffassung von Ritgen wird daher von der herrschenden Meinung, die die Teilbewilligung begrifflich nur als Unterfall (mit gleichen Voraussetzungen) der Ausnahmegewilligung des § 8 Abs. 1 HO ansieht, zu Recht abgelehnt.

Aber auch der vom VG Oldenburg vorgetragene Variante kann nicht gefolgt werden: Prima facie mag es zwar unbillig erscheinen, von einem Teilbewerber³ (z.B. Antennenbauer, Pflasterer, Herrenfriseur) nur einen quantitativ beschränkten

1) Ausschußbericht 1965, I 1 c

2) Vgl. OVG Münster v. 13.1.70 GewA 70, 224(226), bestätigt durch BVerwG v. 19.10.71 GewA 72, 72(73)

3) Aus Gründen der Breviloquenz wird die Wortfolge "Bewerber um eine inhaltlich beschränkte Ausnahmegewilligung" in den Terminus "Teilbewerber" transformiert

Fähigkeitsnachweis zu fordern, andererseits jedoch zu verlangen, daß der Bewerber nachweist, daß die Ablegung der Meisterprüfung im Vollhandwerk (hier Radio- und Fernseh-techniker, Straßenbauer, Friseur) für ihn eine unzumutbare Belastung darstelle. Gewichtige Argumente sprechen indessen gegen die generelle Unterstellung des Ausnahmefalles bei Teilbewerbern. Würde bei jedem Teilbewerber allein aufgrund der Tatsache, daß er sich nur auf einem Teilgebiet des Vollhandwerks betätigen möchte, ein Ausnahmefall unterstellt, so würde dies zu einer Privilegierung dieser Gruppe, und aufgrund der in der heutigen Zeit zahlreichen Teilbewilligungsanträgen zu einer Aushöhlung des Prinzips der Meisterprüfung führen; Sinn und Zweck der Handwerksordnung würden ins Gegenteil verkehrt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Handwerksentscheidung die Absicht des Gesetzgebers, durch den Befähigungsnachweis eine umfassende und möglichst breite Ausbildung zu erzwingen, gebilligt; es hat einen sich in vernünftigen Grenzen haltenden 'Überschuß' an Ausbildungs- und Prüfungsanforderungen als zumutbar bezeichnet.¹ Von den Zwang, diese umfassenden Anforderungen in der Meisterprüfung nachzuweisen, sieht die Handwerksordnung nur in Ausnahmefällen ab. Um auch besonderen Lagen im Einzelfall gerecht werden zu können, um zu vermeiden, daß mit dem unbeweglichen Instrument der Betriebsschließung wegen Nichterfüllung aller Voraussetzungen nach diesem Gesetz unnütze Härten wirtschaftlicher Art entstehen, hat der Gesetzgeber entgegen der oben erwähnten Tendenz der Handwerksordnung in Ausnahmefällen besonderer Art auf den Nachweis der umfassenden vollhandwerklichen Befähigung verzichtet²; er verlangt nur den Nachweis der Kenntnisse und Fertigkeiten für den auszuübenden Teilbereich. Dies gilt aber nur für den Teilbewerber, bei dem ein Ausnahmefall vorliegt. Nur eine solche Auffassung, die also in der - beschränkten oder unbeschränkten - Ausnahmebewilligung eine Ausnahme von der Regel des Nachweises der Befähigung in der Form der Meisterprüfung sieht, verhindert die Aushöhlung von Sinn und Zweck der Handwerksordnung.

1) Vgl. BVerfGE 13,97(117f)

2) Vgl. Ausschlußbericht 1965, I 1 c

Wenn Fröhler argumentiert, daß der Gesetzgeber durch die Zulassung der Ausnahmbewilligung für Teilhandwerke nicht sein eigentliches auf den Zwang zu vollhandwerklicher Ausbildung gerichtetes Ziel aufgeben, sondern nur für berücksichtigungswerte Sonderfälle, eben die Ausnahmefälle, Härten vermeiden wollte,¹ so mag dieser Zielvorstellung zwar zuzustimmen sein, es wird aber von den Handwerksorganisationen zu prüfen sein, ob nicht mit "den in der heutigen Praxis zum häufigsten Teilbewilligungsanträgen"² ein Schritt weg von dem Ziel der Handwerksordnung, Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks zu gewährleisten, getan wird. Nicht der Ansicht des VG Oldenburg wird daher de lege lata zu folgen sein, sondern im Gegenteil wird der Gesetzgeber zu bedenken haben, ob de lege ferenda nicht zugunsten des einzelnen Betriebsinhabers (Problem der konjunkturellen Schwankungen, der Spezialisierung im Alter) oder/und im Interesse der Allgemeinheit (Stabilisierung durch Flexibilität, Zahl der Ausbildungsstellen) eine umfassende und möglichst breite Handwerksausbildung gefordert, und damit die Teilbewilligung als systemwidriges Element der Handwerksordnung ersatzlos gestrichen werden muß.

2212. Der Rechtsanspruch auf Erteilung einer inhaltlich beschränkten Ausnahmbewilligung

Die Erteilung der (Voll-) Ausnahmbewilligung liegt nach ganz herrschender Meinung nicht im Ermessen der Verwaltungsbehörde; der Antragsteller hat vielmehr nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HO einen Rechtsanspruch hierauf.⁴ Demgegenüber vertreten Siegert-Musielak die Meinung, daß die Erteilung von Teilbewilligungen gemäß § 8 Abs. 2 HO in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt sei und ein Rechtsanspruch des Antragstellers im Gegensatz zu der in § 8 Abs. 1 HO getroffenen Regelung nicht bestehe.⁵

1) Vgl. Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 56

2) Hervorhebung durch den Verfasser

3) Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 56

4) Vgl. statt vieler: BVerwG v. 5.5.59 GewA 59,94(94) = BB 59,611(611); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 44 zu § 8; Siegert-Musielak, Anm. 7 zu § 8 a.A. soweit ersichtlich lediglich Mettke, a.a.O., BB 54,304(305)

5) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 35 zu § 8; ebenso OVG Koblenz v. 3.12.57 GewA 57/58,184(186). Der HessVGH (U v. 18.3.64 GewA 64,59(59)) sieht in der Entscheidung über die Befristung einer Ausnahmbewilligung gleichfalls eine Ermessensentscheidung

Sie begründen ihre Auffassung damit, daß in der Teilbewilligung "eine Ausnahme von der Ausnahme, nämlich der unbegrenzten Ausnahmegewilligung" zu sehen sei und dadurch der Absicht des Gesetzgebers, die dieser mit der Festlegung bestimmter Gewerbeeinheiten in der Positivliste verfolgte, in gewisser Weise entgegengewirkt werde. Daher solle von der gesetzlichen Möglichkeit, inhaltlich beschränkte Ausnahmegewilligungen zu erteilen, zurückhaltend Gebrauch gemacht werden. Um dies zu erreichen, sei die Erteilung inhaltlich beschränkter Ausnahmegewilligungen in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt.

Dieser Rechtsauffassung kann nicht gefolgt werden.¹ Prima facie scheint die Wortfolge des § 8 Abs. 2 HO ("Die Ausnahmegewilligung kann ... beschränkt werden") zwar für die Meinung von Siegert-Musielak zu sprechen, indessen ergibt sich bei näherer Betrachtung, daß nach Erfüllung der Voraussetzungen die Erteilung der Teilbewilligung nicht in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt ist, sondern ein Rechtsanspruch des Antragstellers besteht. Zur Begründung sei zunächst auf diejenigen gesetzessystematischen Erwägungen verwiesen, die auch bei dem Problem, ob die Teilbewilligung einen Ausnahmefall voraussetzt, angeführt wurden. Danach unterscheidet sich die Teilbewilligung von dem in § 8 Abs. 1 HO geregelten Normalfall der Ausnahmegewilligung lediglich dadurch, daß hier die Ausnahmegewilligung in gegenständlicher Beziehung beschränkt werden darf und der Antragsteller lediglich die für die Ausübung des entsprechenden Teilhandwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen braucht. Die Teilbewilligung stellt sich somit allein als Modifizierung, als Unterfall der in Absatz 1 geregelten Ausnahmegewilligung dar. Der systematische Zusammenhang zwischen beiden Absätzen, der sich auch darin zeigt, daß die Voraussetzungen einer Ausnahme- bzw. Teilbewilligung gleich sind, verlangt daher, daß ebenso wie bei der Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 HO ein Rechtsanspruch besteht. Zudem wäre nicht ersichtlich, warum die Erteilung einer (vollhandwerklichen) Ausnahme-

1) Die tragenden Rechtfertigungsgründe wurden entnommen aus Fröhler, Teilhandwerk, S. 50 ff

bewilligung eine Rechtsentscheidung, die Erteilung einer beschränkten Bewilligung dagegen Ermessensentscheidung sein sollte. Weiter bestätigt das Schlußverfahren a maiore ad minus die vertretene Auffassung vom Rechtsanspruch des Teilbewerbers. Wenn durch § 8 Abs. 1 HO auf die Erteilung einer unbeschränkten Ausnahmbewilligung ein solcher Anspruch gewährt wird, dann muß dies erst recht für die durch eine Auflage, Bedingung usw. beschränkte Ausnahmbewilligung gelten. Die fortlaufende Reihenfolge, die unterschiedlose Behandlung von mit Nebenbestimmungen versehener Ausnahmbewilligung und Teilbewilligung verbietet die Einführung einer differenzierenden Rechtsfolge. Die beschränkten Ausnahmbewilligungen sind diesbezüglich gleichgestellt; eine abweichende Auffassung überschreitet die Grenzen zulässiger Gesetzesinterpretation. Aus Gründen grammatikalischer Richtigkeit muß die Erteilung einer Teilbewilligung daher ebenso wie die Erteilung einer befristeten, durch Auflagen oder Bedingungen beschränkten Ausnahmbewilligung eine Rechtsentscheidung darstellen. Der Sinn der Kann-Vorschrift des § 8 Abs. 2 HO geht folglich nicht dahin, den Grundsatz des § 8 Abs. 1 HO aufzuheben, wonach die behördliche Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahmbewilligung eine Rechtsentscheidung darstellt, sondern der Gesetzgeber wollte damit lediglich die Zulässigkeit der Beschränkung von Ausnahmbewilligungen festlegen. Es handelt sich hier um die Ermächtigung der Behörde, eine zu erteilende Gestattung durch Auflagen, Bedingungen, Befristungen oder inhaltliche Beschränkungen einzuschränken; § 8 Abs. 2 HO stellt somit eine "Norm des rechtlichen Dürfens" (Fröhler)¹ dar.

Klärungsbedürftig bleibt, nachdem der Rechtsanspruch auf eine Teilbewilligung nachgewiesen wurde, in diesem Zusammenhang nur mehr, ob die Entscheidung über die inhaltliche Beschränkung einer Ausnahmbewilligung Rechts- oder Ermessensentscheidung ist.²

1) So Fröhler, Teilhandwerk, S. 50

2) Die bisherige Fragestellung, nämlich, ob die Erfüllung der Voraussetzungen eine Teilbewilligung erteilt werden muß. Jetzt geht es darum, darzustellen, welchen Charakter die Entscheidung über das Problem "Ausnahmbewilligung oder Teilbewilligung" hat

Der reine Wortlaut der Vorschrift deutet zwar auf eine Ermessungsentscheidung hin, in Wirklichkeit liegt aber eine Rechtsentscheidung vor. Die Situation gleicht damit derjenigen des § 35 Abs. 2 GewO.¹ Nach dieser Vorschrift kann die Verwaltungsbehörde einem für unzuverlässig erklärten Gewerbetreibenden die Fortführung des Gewerbebetriebes durch einen geeigneten Stellvertreter gestatten. Trotz der Fassung des § 35 Abs. 2 GewO als Kann-Vorschrift besteht hier aber bei Vorliegen der Voraussetzungen wegen des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der einzusetzenden Mittel ein Rechtsanspruch auf diese Erlaubnis.² Die Gestattung liegt nicht im Ermessen der Behörde, es handelt sich vielmehr um eine Rechtsentscheidung.³ Da gegen die Übertragung dieser Erwägungen auf das anstehende Problem keine Bedenken existieren, ergibt sich, daß die inhaltliche Beschränkung einer Ausnahmegewilligung nicht im Ermessen der höheren Verwaltungsbehörde steht, sondern aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Rechtsentscheidung darstellt.

Ob eine Teilbewilligung überhaupt erteilt werden muß, und mit welchem Umfang, ist damit geklärt; jedoch soll diese Betrachtung nicht abgeschlossen werden, ohne auf die Argumente von Siegert-Musielak einzugehen.

Zweifelhaft könnte es dabei sein, ob diese Autoren ihr Ergebnis auf die Teilbewilligung als solche oder auf die umfangmäßige Beschränkung beziehen. Wortlaut und Zusammenhang der Begründung machen es jedoch wahrscheinlicher, daß die Entscheidung über die Erteilung einer Teilbewilligung überhaupt, gemeint ist. Diese solle, da in der Teilbewilligung "eine Ausnahme von der Ausnahme, nämlich der unbegrenzten Ausnahmegewilligung" liege, Ermessensentscheidung sein. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob dieser behauptete Zusammenhang logisch und rechtlich zwingend begründet werden kann;

1) Dieser Gedankengang findet sich bei Fröhler, Teilhandwerk, S. 58 f

2) Vgl. hierzu auch Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Anm. 88 zu § 35

3) Die gleichen Erwägungen gelten für die (persönliche) Wiederaufnahme des untersagten Gewerbes im Sinne von § 35 Abs. 6 S. 2 GewO

die Teilbewilligung läßt sich jedenfalls nicht als Ausnahme von der Ausnahme qualifizieren: Die Handwerksordnung steht unter dem Leitgedanken, daß die handwerkliche Befähigung grundsätzlich durch die einschlägige Meisterprüfung nachzuweisen ist. In Ausnahmefällen gestattet das Gesetz den erforderlichen Fähigkeitsnachweis auf andere Weise zu führen. Der (unbeschränkten) Ausnahmbewilligung kommt der Charakter einer Ausnahme formeller Art zu, denn das Erfordernis des Fähigkeitsnachweises wird dadurch nicht tangiert, sondern lediglich die Form des Nachweises gemildert. Meisterprüfung und Ausnahmbewilligung unterscheiden sich, wie oben mehrfach ausgeführt, lediglich in formeller Sicht, stimmen aber materiell überein. Auch bei der Teilbewilligung muß ein Fähigkeitsnachweis erbracht werden. Dieser beschränkt sich aus verfassungsrechtlichen Gründen auf die beabsichtigte Teiltätigkeit. Die Teilbewilligung besitzt somit nicht den Charakter einer Ausnahme von der Ausnahme, denn Meisterprüfung und Ausnahmbewilligung unterscheiden sich bezüglich des Fähigkeitsnachweises in formeller Sicht, während die Teilbewilligung materiell, nämlich im Umfang der gleichfalls in beliebiger Form nachzuweisenden Kenntnisse und Fertigkeiten, von der Ausnahmbewilligung verschieden ist.¹ Aus rechtslogischen Gründen muß daher dieses Argument von Siegert-Musiak verworfen werden. Aber auch die weiter vorgebrachte Begründung, durch Erteilung inhaltlich beschränkter Ausnahmbewilligungen werde der Absicht des Gesetzgebers, die dieser mit der Festlegung der in der Anlage A genannten Berufe verfolgte, entgegengewirkt, versagt. Es besteht zwar eine gesetzgeberische, vom Bundesverfassungsgericht in der Handwerksentscheidung gebilligte Grundtendenz dahingehend, die selbständige Ausübung eines Handwerks auf diejenigen Personen zu beschränken, die eine vollhandwerkliche, d.h. umfassende Berufsausbildung mitgemacht haben, indessen unterliegt diese Tendenz Abweichungen. Eine dieser Abweichungen ist in dem Rechtsinstitut 'Teilbewilligung' zu sehen. Zweifelsfrei wirkt dieses der erwähnten Grundtendenz, der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers ent-

1) So Fröhler, Teilhandwerk, S. 47

gegen, aber hier muß auch ein Wandel der gesetzgeberischen Überlegungen in Richtung auf mehr Freiheit konstatiert werden.¹ Ein zurückhaltender Gebrauch der geschaffenen Möglichkeit würde damit gleichfalls der (nunmehrigen) gesetzgeberischen Absicht entgegenwirken. Zudem bleibt zu berücksichtigen, daß die Teilbewilligung neben dem beschränkten Fähigkeitsnachweis das Vorliegen eines Ausnahmefalles voraussetzt, womit die Gefahr einer Aufsplitterung der handwerklichen Gewerbeeinheiten zwar nicht überwunden, aber in starkem Ausmaße verringert wird. So erwünscht eine vollhandwerkliche Ausbildung eines jeden Gewerbetreibenden aus wirtschafts- und sozialpolitischen Erwägungen auch sein mag,² kann dies doch nicht dazu führen, das Gewicht der oben angeführten Argumente zu mindern.

Die Entscheidung über die Erteilung einer Teilbewilligung (überhaupt, wie auch die Entscheidung über deren Umfang) ist eine Rechtsentscheidung; Ermessen steht der höheren Verwaltungsbehörde nicht zu.

222. Die Nebenbestimmungen

Ausnahme- und Teilbewilligung können gemäß § 8 Abs. 2 HO "unter Auflagen oder Bedingungen oder befristet erteilt ... werden." Die Entscheidung über die notwendigen Beschränkungen stellt sich dabei aus den gleichen Gründen wie bei der Teilbewilligung nicht als Ermessensentscheidung dar, sondern eine verfassungskonforme Interpretation bewirkt, daß hier eine Rechtsentscheidung anzunehmen ist.³

Da die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HO (Befähigungsnachweis und Ausnahmefall⁴) - wie wiederholt begründet wurde -

-
- 1) Vgl. die im Ausschlußbericht 1965 zur Überarbeitung der Anlage A und zur Einführung der Teilbewilligung gemachten Ausführungen (Ausschlußbericht 1965, I Nr. 8 bzw. I Nr. 1c)
 - 2) Stabilisierung der Wirtschaft, Ausbildungsreservoir für die übrigen Wirtschaftssektoren, aber auch Reaktionsmöglichkeit des Gewerbetreibenden auf konjunkturelle Schwankungen (Mobilität), Spezialisierung im Alter
 - 3) A.A. für den Fall einer befristeten Ausnahmebewilligung VG Saarland v. 9.12.66 GewA 67, 171(173); HessVGH v. 18.3.64 GewA 64, 59(59)
 - 4) Das rechtliche Interesse soll an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben

auch für § 8 Abs. 2 HO gelten, entsteht die Frage, in welchen Fällen Raum für solche Nebenbestimmungen vorhanden ist. Geklärt werden muß auch, ob die Anführung der Beschränkungen in § 8 Abs. 2 HO den Charakter einer abschließenden Aufzählung hat, oder ob eine (Voll- oder Teil-) Ausnahmebewilligung mit einem Widerrufsvorbehalt versehen werden kann.

Verfehlt erscheinen die Ausführungen des HessVGH in seinem Urteil vom 18.3.64. Bezüglich einer Befristung nimmt das Gericht hier folgenden Standpunkt ein: "Da der Kläger seine meisterliche Befähigung bei Beantragung der Ausnahmebewilligung nicht nachweisen konnte, war der Beklagte berechtigt, die Ausnahmebewilligung zu befristen ... Die begehrte Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung einer unbefristeten, nicht mit einer Nebenbestimmung versehenen Ausnahmebewilligung konnte ... nicht entsprochen werden, weil der Kläger einen geeigneten Sachkundenachweis seiner meisterlichen Befähigung bislang nicht erbracht hat."¹ Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Das Gericht verkennt, daß die Erteilung einer Ausnahmebewilligung ganz eindeutig vom Vorliegen zweier Voraussetzungen abhängig ist: Die Ablegung der Meisterprüfung muß unzumutbar sein (Ausnahmefall) und der Bewerber um die Ausnahmebewilligung muß die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen haben (Befähigungsnachweis). Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, bleiben bei der Behörde begründete Zweifel an der Befähigung des Antragstellers, so ist kein Raum für eine Ausnahmebewilligung, auch nicht für eine befristete. Es ist also schlicht unzulässig, einem Antragsteller, der nicht den Besitz der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen hat, eine befristete Ausnahmebewilligung zu erteilen, und damit die Erwartung zu verbinden, daß er in einer später nachzuholenden Meisterprüfung oder in einem weiteren Ausnahmebewilligungsverfahren erst den vollen Befähigungsnachweis erbringt.² Eine (befristete) Ausnahmebewilligung kann also nicht zu dem Zweck erteilt werden,

1) HessVGH v. 18.3.64 GewA 64,59(60)

2) So Siegert-Musielak, Anm. 31 zu § 8

daß der Antragsteller sich die notwendige Befähigung erst aneignet.¹ Dies bedeutet, daß ein Antrag auf Ausnahmebewilligung auch dann abgelehnt werden muß, sofern der Bewerber den Befähigungsnachweis nicht erbringen kann, wenn dadurch Härten entstehen.² Eine andere Situation liegt aber vor, wenn der Antragsteller in seiner Ausbildung bereits soweit fortgeschritten ist, daß ihm die selbständige Führung des Handwerksbetriebes auf befristete Zeit unbedenklich anvertraut werden kann und zu erwarten ist, daß er sich die noch fehlenden Kenntnisse und Fertigkeiten in begrenzter Zeit aneignen kann.³ Allerdings werden diese Fälle äußerst sorgfältig zu prüfen sein, da sie Grenzfälle darstellen. Stets muß dabei berücksichtigt werden, daß das Gesetz die Erteilung einer Ausnahmebewilligung vom Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten abhängig macht.

Eine Befristung der Ausnahmebewilligung wird weiter dann zulässig sein, wenn - die volle Befähigung des Antragstellers vorausgesetzt - die Unzumutbarkeit, die Meisterprüfung abzulegen, nur für eine begrenzte Zeit anzunehmen ist und danach die Ablegung der Meisterprüfung möglich erscheint. Diese von Siegert-Musielak vorgetragene Auffassung,⁴ die vor allem Fälle junger Bewerber betrifft, stimmt voll und ganz mit der gesetzlichen Regelung des § 8 HO überein. Der einzige Unterschied zwischen befristeter und unbefristeter Ausnahmebewilligung liegt demnach darin, daß sie verschiedenen Ausnahmesituationen Rechnung tragen. Bei letzterem Fall rechtfertigen die Ausnahmegründe den endgültigen Verzicht auf die Meisterprüfung, während dem befristet - aber in gleicher Weise befähigten - Eingetragenen noch zumutbar ist, den förmlichen Befähigungsnachweis (in Form der Meisterprüfung) abzulegen.⁵ Für die höhere Verwaltungs-

1) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 29 zu § 8; BVerwG v. 23.2.70 GewA 71,104(105); BVerwG v. 1.3.72 GewA 72, 154(154)

2) So - Zutreffend - Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 5 zu § 8

3) Vgl. BVerwG v. 20.1.62 GewA 62,95(97); OVG Koblenz v. 24.3.65 GewA 66,65(66); BVerwG v. 1.3.72 GewA 72,154(154); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 29 zu § 8

4) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 33 zu § 8

5) S. Krüger, G., a.a.O., GewA 71,145(146); vgl. auch OVG Lüneburg v. 27.11.74 GewA 75,193(194)

behörde besteht somit keine Verpflichtung, eine unbeschränkte Ausnahmegewilligung zu erteilen, wenn die spätere Ablegung der Meisterprüfung noch zumutbar erscheint.

Häufig wird in der Praxis dem Antragsteller eine Ausnahmegewilligung mit der Nebenbestimmung erteilt, daß die Meisterprüfung bis zu einem festgesetzten Zeitpunkt abzulegen sei, andernfalls die Ausnahmegewilligung erlischt.

Eine solche Nebenbestimmung kann weder als (auflösende) Bedingung,¹ noch als Auflage² angesehen werden, sie stellt vielmehr eine Befristung der Ausnahmegewilligung mit der dem Bewerber anheimgegebenen Verpflichtung (Obliegenheit), sich bis zum Ablauf dieser Frist der Meisterprüfung zu unterziehen, dar.³

Gegen eine auflösende - hier unechte, da vom Willen des Betroffenen abhängige - Bedingung spricht, daß bei Eintritt der Bedingung kein Raum mehr für eine Ausnahmegewilligung besteht, da der Bewerber aufgrund von § 7 Abs. 1 HO in die Handwerksrolle eingetragen werden muß. Wird eine Ausnahmegewilligung unter einer auflösenden Bedingung erteilt, so endet diese gemäß § 158 Abs. 2 BGB mit Eintritt der Bedingung. Die Intention der Behörde geht aber dahin, die bedingte Ausnahmegewilligung (mit Eintritt der Bedingung) unbedingt fortgelten zu lassen, also den Schwebezustand zu beenden. Dieser Fortwirkung bedarf es aber wegen § 7 Abs. 1 HO nicht. Beabsichtigt ist dagegen, bei Ausfall der Bedingung (Nichtablegung der Meisterprüfung innerhalb der gesetzten Frist) die Ausnahmegewilligung zu beenden. Hierfür genügt in Anwendung des § 163 BGB die (zulässige) Setzung eines Endtermins. Erfolgt bis zu diesem Zeitpunkt nicht die erfolgreiche Ablegung der Meisterprüfung, dann endet die Ausnahmegewilligung mit diesem Termin; erfolgt die Ablegung vorzeitig oder fristgerecht, dann wird die Ausnahmegewilligung

-
- 1) So aber Eyermann-Fröhler, Anm. II 1 zu § 8; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 5 zu § 8; OVG Koblenz v. 3.12.57 GewA 57/58,184(185); OVG Lüneburg v. 27.11.74 GewA 75, 193(194)
 - 2) So aber Hartmann-Philipp, a.a.O., Anm. 4 zu § 8; VG Saarland v. 9.12.66 GewA 67,171(171)
 - 3) So MessVG v. 18.3.64 GewA 65,59(59); die folgende Begründung wurde diesem Urteil entnommen; vgl. auch BayVG v. 16.7.69 GewA 70,110(111)

gegenstandslos. Gegen eine Auflage spricht, daß Bestand, Dauer und Wirksamkeit der Gestattung von der Erfüllung der Auflage unabhängig bliebe, die gesetzte Auflage nicht erzwungen werden könnte (da von Willen des Bewerbers abhängig), lediglich bei Nichterfüllung der Widerruf in Frage käme und die Behörde eine solche Rechtsposition aber wohl nicht einräumen wollte.

Es ist daher zwecklos, eine befristete Ausnahmegewilligung mit der Auflage zu verbinden, die Meisterprüfung nachzuholen. Dies folgt auch daraus, daß der befristet Eingetragene in der Regel davon ausgehen muß, daß er nach Ablauf der Frist in der Handwerksrolle gelöscht werden wird, damit das Handwerk unberechtigt ausüben würde, und dem nur entgegen kann, wenn er entweder die Meisterprüfung ablegt oder eine erneute Ausnahmegewilligung beantragt. (Wobei es bezüglich letzterer Möglichkeit aber fraglich sein kann, ob ein Ausnahmefall gegeben ist.) Grundsätzlich muß der befristet Eingetragene also dennoch die Meisterprüfung ablegen. Dabei steht ihm kein Wahlrecht dahingehend zur Verfügung, daß er es sich nach Ablauf der Frist aussuchen könnte, ob er den Nachweis seiner Befähigung durch die Meisterprüfung oder auf andere geeignete Art und Weise führt,¹ sondern der

1) Ein dahingehendes Wahlrecht wird jedoch vom Bundesverwaltungsgericht vertreten (vgl. BVerwG v. 26.1.62 GewA 62,95 (97f)). Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden, da bereits der Ausgangspunkt der Überlegung falsch ist. Eine befristete Ausnahmegewilligung darf eben nicht erteilt werden, wenn der Nachweis der notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nicht geführt werden konnte. Zudem verkennt das BVerwG, daß nach Ablauf der Frist die Löschung in der Handwerksrolle zu erfolgen hat, es sei denn, es würden die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der Eintragung geschaffen. Dies bedeutet, daß im Falle einer Ausnahmegewilligung im Zeitpunkt der erneuten Entscheidung wiederum ein Ausnahmefall gegeben sein müßte (die Befähigung wurde ja bereits nachgewiesen !), andernfalls die Eintragung aufgrund anderer Bestimmungen erfolgen müßte. Nur für den Fall, daß erneut ein Ausnahmefall vorliegt, besteht eine Wahlmöglichkeit für den Antragsteller dahingehend, daß er entweder die Erteilung einer Ausnahmegewilligung verlangt oder aber, daß er nochmals einen Befähigungsnachweis in Form der Meisterprüfung führt und so auf Dauer in die Handwerksrolle eingetragen werden muß.

befristet Eingetragene steht lediglich vor der Alternative, nach Ablauf der Frist bei Beantragung einer erneuten Ausnahmebewilligung die (erneute oder weiterhin bestehende) Unzumutbarkeit der Ablegung der Meisterprüfung nachweisen zu müssen,¹ oder aber zwischenzeitlich die Meisterprüfung abzulegen, wobei das Nichtbestehen dieser Prüfung ein späteres Geltendmachen der Unzumutbarkeit (im Sinne des § 8 Abs. 1 HO) ausschließt.

Zum Inhalt einer Auflage kann etwa die Bestimmung, einen bestimmten Kurs zu besuchen, gemacht werden.² Dies kann aber auch in der Form einer aufschiebenden Bedingung geschehen. In jedem Falle wird zu fordern sein, daß die Nebenbestimmung überprüfbar und praktikabel ist. Daher wird in der Regel die Unterlassung bestimmter schwieriger Arbeiten des betreffenden Handwerks nicht angeordnet werden können; hierfür käme möglicherweise eine Teilbewilligung in Frage.

Keine übereinstimmende Meinung existiert bezüglich der Zulässigkeit eines Widerrufsvorbehaltes als Nebenbestimmung zu einer Ausnahmebewilligung. Eyermann-Fröhler-Honig 1973 vertreten die Meinung, daß ein befristeter Vorbehalt des Widerrufs - obwohl das Gesetz einen solchen nicht ausdrücklich vorsieht - zulässig sei, da es sich hierbei lediglich um eine modifizierte Befristung handele.³ Weiter soll der Vorbehalt nur dann zulässig sein, wenn bei der Erteilung der Ausnahmebewilligung ein abschließendes Urteil über das Vorhandensein der erforderlichen Befähigung beim Antragsteller nicht möglich ist.⁴

Dem kann nicht gefolgt werden: Wenn ein abschließendes Urteil über die Befähigung nicht möglich ist, so geht dies zu Lasten des Antragstellers, die Ausnahmebewilligung darf nicht erteilt werden.⁵ Insoweit ist der Nachweis der Befähigung als nicht erbracht anzusehen, es mangelt insofern an einer Tatbestandsvoraussetzung. Die Beifügung eines Vorbe-

1) Den Befähigungsnachweis hat er ja bereits erbringen müssen

2) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 30 zu § 8

3) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 37 zu § 8

4) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 37 zu § 8

5) Ebenso Siegert-Musielak, Anm. 31 zu § 8; Steffens, H., a.a.O., Anm. III zu § 8

haltes ist daneben aus allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen nicht zulässig, denn nach der herrschenden Meinung dürfen einem begünstigenden Verwaltungsakt, auf den eine volle Einräumungsberechtigung besteht, ungünstige Nebenbestimmungen nur dann beigelegt werden, wenn sie gesetzlich zugelassen sind oder wenn sie lediglich sicherstellen sollen, daß die rechtlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden.¹ Die Handwerksordnung sieht einen solchen Widerrufsvorbehalt nicht ausdrücklich vor. Die Aufzählung in § 8 Abs. 2 HO ist als abschließend zu betrachten. Die öffentlichen Interessen können dadurch gewahrt werden, daß die Ausnahmegewilligung unter Auflage, Bedingungen oder befristet erteilt wird. Darüber hinaus kann einem Antragsteller nicht zugemutet werden, einem solchen Vorbehalt ausgeliefert zu sein, also Gefahr zu laufen, erhebliche Mittel für die Einrichtung eines Handwerksbetriebes nutzlos aufzubringen.² Es geht aber auch nicht an, den Widerrufsvorbehalt als "modifizierte Befristung"³ anzusehen, und hieraus die Zulässigkeit herzuleiten. Hier wird der Wesensunterschied zwischen den beiden Beschränkungen verkannt. Die wirtschaftliche Tragweite beider Nebenbestimmungen unterscheidet sich wesentlich. Bei der Befristung steht von vornherein die zeitliche Gültigkeit fest, der Gewerbetreibende kann sich hierauf einstellen; beim Widerrufsvorbehalt hat er diese Gewißheit nicht, er schwebt völlig im Ungewissen.⁴ Aus diesen Gründen besteht bei der Ausnahmegewilligung kein Raum für einen (befristeten) Widerrufsvorbehalt⁵; damit ist auch die (eventuelle) Ausübung eines Widerrufsvorbehaltes unzulässig.⁶

1) Vgl. Wolff-Bachof, § 49 IIa, S. 411; Münch, Ingo von, Der Widerrufsvorbehalt im Verwaltungsrecht, JZ 64, 121 (121ff); § 32 EVwVfG 73

2) So auch Steffens, H., a.a.O., Anm. III zu § 8

3) So Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 73 zu § 8

4) So Steffens, H., a.a.O., Anm. III zu § 8

5) Vgl. Siegert-Musielok, Anm. 34 zu § 8; Rouss, Handwerksrecht, Anm. IV 4 zu § 8; Steffens, H., a.a.O., Anm. III zu § 8 a.A. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 37 zu § 8; Buschatzki, W.-D., a.a.O., S. 77

6) Vgl. Münch, I., a.a.O., JZ 64, 121 (121)

23. Die Rechtsfolgen der Ausnahmegewilligung

231. Überblick über die Wirkungen der Ausnahmegewilligung

Nach Erteilung der Ausnahmegewilligung hat deren Inhaber, falls er den Voraussetzungen des § 1 HO genügt, einen Anspruch gegen die jeweilige Handwerkskammer auf Eintragung in die Handwerksrolle (§ 7 Abs. 3 HO). Der Begünstigte kann diese Gestattung aber auch dazu benutzen, einem Unternehmen als Leiter (im Sinne der Absätze 4 und 5 des § 7 HO) zu dienen. Die Ausnahmegewilligung gewährt unter den Voraussetzungen des § 1 HO einen Anspruch auf Eintragung mit dem (den) verwandten Handwerk(en).

Überregionale Bedeutung kommt der Bewilligung in dem Sinne zu, daß der Gewerbetreibende gegebenenfalls im Bezirk einer anderen höheren Verwaltungsbehörde oder Handwerkskammer keine weitere Ausnahmegewilligung benötigt. Die Gestattung ist für den gesamten Geltungsbereich der Handwerksordnung gültig. Da die Ausnahmegewilligung den Charakter eines statusverleihenden Verwaltungsaktes mit konstitutiver Wirkung besitzt,¹ kann sie nicht mit rückwirkender Kraft erteilt werden. (Damit entfällt ebenso eine rückwirkende Eintragung in die Handwerksrolle.²) Das Verbot rückwirkender Erteilung läßt sich damit begründen, daß der Antragsteller im Zeitpunkt der Entscheidung über die Bewilligung die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen muß, es also offen bleibt, ob er diese Voraussetzungen bereits früher erfüllt. Diese Situation mag zwar für manchen Antragsteller ungünstig sein, dessen Interesse vermag aber - auch angesichts des Wortlautes des § 8 Abs. 1 HO ("zu betreibendes Handwerk") - die Sachlage nicht zu ändern.³ Erst mit der Eintragung in die Handwerksrolle wird der Handwerksbetrieb berechtigt ausgeübt. Die Eintragung wirkt also auch hier konstitutiv.

1) So Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 52

2) Vgl. VG Koblenz v. 2.10.62 GewA 63,59(59f)

3) Ebenso Siegert-Musielak, Anm. 40 zu § 8

Der Inhaber einer Ausnahmegewilligung ist nicht vollkommen demjenigen gleichgestellt, der eine Meisterprüfung abgelegt hat. Ein Vergleich der Rechtsstellungen soll im nun folgenden Abschnitt gemacht werden.

232. Vergleich der Rechtsstellung der Inhaber einer Ausnahmegewilligung mit den aufgrund einer Meisterprüfung Eingetragenen

Wer aufgrund einer Ausnahmegewilligung in die Handwerksrolle eingetragen ist, hat nicht die gleiche Rechtsstellung wie jener, der diese Eintragung über die Ablegung der Meisterprüfung erreicht hat:

Der Inhaber einer Ausnahmegewilligung hat nicht die Berechtigung, sich als Handwerksmeister zu bezeichnen. Dieser Titel ist nach § 51 HO denjenigen vorbehalten, die die Meisterprüfung abgelegt haben.¹

Weiter berechtigt die Ausnahmegewilligung nicht - wie dies nach § 21 Abs.3 HO bei der Meisterprüfung der Fall ist - zur Ausbildung von Lehrlingen in dem einschlägigen Handwerk.² Hierzu bedarf es gemäß § 21 Abs. 3 HO einer besonderen Ausbildungsberechtigung, die entweder ohne weiteres kraft Gesetzes unterstellt wird³ oder von der nach Landesrecht zuständigen Behörde nach Anhören der Handwerkskammer widerruflich zuerkannt werden kann.⁴

Die Rechtsstellungen unterscheiden sich weiter dadurch, daß als Vertreter der selbständigen Handwerker in den Gesellen- und Meisterprüfungsausschüssen "ohne weiteres" nur solche

- 1) Zuwiderhandlungen stellen Ordnungswidrigkeiten dar, die mit Geldbußen bis zu DM 10.000,- geahndet werden können (§ 117 HO).
- 2) Zu beachten ist, daß die abgelegte Meisterprüfung zwar einen Anspruch auf die Eintragung in die Handwerksrolle mit dem einschlägigen und gegebenenfalls mit einem diesem verwandten Handwerk gewährt (§ 7 Abs. 1 HO), die fachliche Eignung, die eine Voraussetzung der Ausbildungsberechtigung darstellt, aber nur für das einschlägige Handwerk anerkannt wird (vgl. § 21 Abs. 3 HO).
- 3) Vgl. § 22 Abs. 1,2,4 HO. Die Rechtsverordnung nach Absatz 2 ist allerdings (Oktober 1975 !) noch nicht ergangen.
- 4) Vgl. § 22 Abs. 3 HO. Diese Zuerkennung der fachlichen Eignung ist - im Unterschied zur Erteilung der Ausnahmegewilligung nach § 8 HO - ins Ermessen der Behörde gestellt, also nur auf Ermessensfehler kontrollierbar

Handwerker Mitglieder sein können, die als Handwerksmeister in der Handwerksrolle eingetragen sind, diejenigen dagegen, die mit einer Ausnahmegewilligung eingetragen sind noch zusätzlich zum Ausbilden von Lehrlingen berechtigt sein müssen.¹

Ansonsten bestehen zwischen den aufgrund einer Ausnahmegewilligung und den nach bestandener Meisterprüfung in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerkern keine Unterschiede. So kann jeder selbständige Handwerker, der das Handwerk ausübt, Mitglied (s)einer zuständigen Handwerksinnung werden.² (Eine abweichende Satzungsbestimmung wäre wegen Gesetzesverstoßes nichtig.)

Wenn in den Vorschriften bezüglich der Pflichtaufgaben etwa der Handwerksinnung und der Handwerkskammer mehrfach von "Meister" die Rede ist,³ so können darunter nicht nur solche Handwerker verstanden werden, die die Meisterprüfung bestanden haben und sich damit als Meister bezeichnen dürfen, sondern dieser Ausdruck bezieht sich entsprechend der historischen Entwicklung auf alle selbständigen Handwerker; zumal auch die Handwerksordnung selbst etwa die Aufgabe der Handwerksinnung darin sieht, "die gemeinsamen gewerblichen Interessen ihrer Mitglieder zu fördern,"⁴ was nur aller ihrer Mitglieder bedeuten kann. Ebenso hat die Kreishandwerkerschaft kraft Gesetzes u.a. die Aufgabe "die Gesamtinteressen des selbständigen Handwerks ... wahrzunehmen,"⁵ ohne daß sie dabei einen Unterschied zwischen den mit der Meisterprüfung oder mit einer Ausnahmegewilligung in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerkern machen dürfte.⁶

1) Vgl. §§ 34 Abs. 3, 48 Abs. 3 HO

2) Vgl. § 58 Abs. 1 HO

3) Vgl. etwa § 54 Abs. 1 Z. 2 HO, wonach die Handwerksinnung ein gutes Verhältnis zwischen Meistern, Gesellen und Lehrlingen anzustreben hat, oder vgl. § 54 Abs. 1 Z. 5 HO, wonach die Innung das handwerkliche Können der Meister und Gesellen zu fördern hat, oder vgl. § 91 Abs. 1 Z. 7 HO, wonach die Handwerkskammer die Fortbildung der Meister und Gesellen zu fördern hat.

4) § 54 Abs. 1 S. 1 HO

5) § 87 HO

6) So auch Ritgen, W., a.a.O., BB 66, 10 (Beilage)

24. Die Geltungsbeendigung einer Ausnahmegewilligung

Unproblematisch ist die Frage der Geltungsbeendigung bei einer befristeten Ausnahmegewilligung. Hier verliert die Gestattung mit Ablauf der Frist ihre Geltung und die Eintragung des Gewerbetreibenden in der Handwerksrolle muß grundsätzlich gelöscht werden.¹ Wurde die Ausnahmegewilligung mit einer Auflage erteilt, so kann die Behörde bei Nichterfüllung dieser Auflage die Ausnahmegewilligung "aufheben",² denn - nach Wolff³ - muß der Betroffene davon ausgehen, daß die Behörde den Verwaltungsakt ohne Auflage nicht erlassen hätte, und dieser daher beseitigt werden kann, wenn die Nebenbestimmung nicht erfüllt wird.⁴ Zulässig soll dies aber - wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - erst dann sein, wenn die Behörde versucht hat, die Auflage im Wege des Verwaltungszwanges durchzusetzen.⁵ Die Beseitigung (= Geltungsbeendigung mit Wirkung ex nunc) einer fehlerfreien, rechtmäßigen Ausnahmegewilligung wird als nicht zulässig anzusehen sein, da nach Erfüllung der Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf die Erteilung besteht, ein Widerruf dieses subjektive öffentliche Recht demnach aushöhlen würde. Der Widerruf der Ausnahmegewilligung wegen Wegfalls der Befähigung (z.B. infolge Gebrechlichkeit) (oder des Ausnahmefalles) ist gleichfalls nicht zulässig.⁶ Dies ergibt sich daraus, daß denjenigen, die eine Meisterprüfung abgelegt haben, eine solche Beseitigung auch nicht droht. Die Fälle des § 7 Abs. 1 und § 8 HO unterscheiden sich aber nur im Formellen, nicht im Materiellen. Daher wäre es

1) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 327 ff

2) Vgl. - allgemein - BGH v. 11.4.57 GewA 57/58, 190(190)

3) Wolff, Hans J., Verwaltungsrecht I, 8. Auflage, München 1971, § 53 III b 2 B, S. 395

4) Problematisch wird hier aber der (fehlende) Unterschied zur Bedingung. Wohl aus diesem Grund fehlt - bei gleichem Ergebnis - die gegebene Begründung in der nächsten Auflage des angeführten Lehrbuches (vgl. Wolff-Bachof, § 53 IV d 3, S. 457)

5) So Wolff-Bachof, § 53 IV d 3, S. 457 unter Hinweis auf Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Anm. 42 zu § 42 Anhang

6) Ebenso Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 36 zu § 8

unbillig, lediglich im Falle der Ausnahmegewilligung bei Wegfall der Voraussetzungen der Erteilung diese zu widerrufen. In beiden Fällen ist davon auszugehen, daß die Voraussetzungen des Erlasses dieser Verwaltungsakte nur zum Zeitpunkt ihres Erlasses, nicht aber während ihrer ganzen Bestandsdauer vorliegen müssen.¹

Wird einem Gewerbetreibenden der aufgrund einer Ausnahmegewilligung in die Handwerksrolle eingetragen war, das Gewerbe gemäß § 35 GewO oder aufgrund spezialgesetzlicher Normen² untersagt, so berührt dies die Ausnahmegewilligung als solche nicht³; der Gewerbetreibende ist lediglich in der Handwerksrolle mit seinem einschlägigen Handwerksbetrieb zu löschen (es sei denn, die Betriebsfortführung durch einen Stellvertreter würde erlaubt werden). Die Ausnahmegewilligung ist in der Erteilung wie in der "Aufhebung" unabhängig von der Zuverlässigkeit des Antragstellers. Dies folgt daraus, daß nach diesen Normen nur die selbständige Gewerbeausübung untersagt werden kann, nicht aber die unselbständige Berufsausübung. Die Ausnahmegewilligung berechtigt aber nicht nur zur selbständigen, sondern auch zur unselbständigen Berufsausübung,⁴ wie dies etwa die Fälle der Absätze 4 und 5 des § 7 HO zeigen. Auch muß daran gedacht werden, daß nach § 35 Abs. 2 GewO die Fortführung des (untersagten) Gewerbes durch einen Stellvertreter möglich ist. Handwerksrechtlich stellt der Stellvertreter aber keinen selbständigen Gewerbetreibenden dar; da er nicht in die Handwerksrolle eingetragen werden kann, muß der bisher Eingetragene in der Handwerksrolle weiter geführt werden. Letzteres kann aber nur geschehen, wenn die Ausnahmegewilligung aufrechterhalten bleibt, da ansonsten die Löschung in der Rolle zu erfolgen hätte. Es wird daher daran festzuhalten sein, daß die Untersagung der selbständigen Ausübung eines Handwerks die Ausnahmegewilligung des § 8 HO nicht berührt.

1) Vgl. hierzu - allgemein - Wolff-Bachof, § 53, IV d 4, S. 457

2) Vgl. S. 5 FN 6

3) A.A. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 36 zu § 8

4) Vgl. hierzu auch die Ausführungen auf S. 220 ff

Abschließend bedürfen noch die Fälle einer Betrachtung, bei denen die Behörde nachträglich erkennt, daß die Voraussetzungen für den Erlaß der Ausnahmegewilligung (Befähigungsnachweis und Ausnahmefall) von Anfang an nicht gegeben waren. Es geht also nicht um die Beseitigung eines rechtmäßigen, sondern eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes. Da die Handwerksordnung bezüglich der Rücknahme dieses (begünstigenden) Aktes keine Vorschriften enthält, gelangen die allgemeinen Rücknahmeregeln zur Anwendung.¹ Hiernach ist die Rücknahme eines fehlerhaften begünstigenden Verwaltungsaktes nur zulässig, wenn und soweit das öffentliche Interesse an

-
- 1) Die allgemeine Rechtsprechung und Literatur haben bezüglich der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte eine nahezu unübersehbare Anzahl von Grundsätzen aufgestellt, wobei der hier besonders interessierende Vertrauensschutz des Begünstigten auf den Bestand und die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen steht. Dabei ist nicht nur das Institut des Vertrauensschutzes als solches, d.h. in seiner Existenz umstritten, sondern auch in seinem rechtlichen Fundament und seinem substantiellen Inhalt (so Ossenbühl, Fritz, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, Berlin 1965 (zukünftig zitiert: Ossenbühl, Rücknahme), S. 151). So zählen zu den Gegnern des Vertrauensschutzes u.a. (vor allem) Forsthoff (vgl. Forsthoff, E., a.a.O., § 13, S. 262 f), Scheuner, Ule, Zeidler (weitere Nachweise bei Ossenbühl, Rücknahme, S. 151 und Becker, Hans Joachim, Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte und Rückforderung ohne Rechtsgrund gewährter Leistungen, DÖV 73, 379). Als rechtliche Grundlagen werden angeführt: die Menschenwürde, das Sozialstaatsprinzip, der Grundsatz von Treu und Glauben, die Rechtssicherheit, das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Daneben wird der Vertrauensschutz als Ausfluß der Rechtssicherheit und des Grundsatzes von Treu und Glauben gesehen (vgl. Ossenbühl, Rücknahme, S. 71-78, 153-156). In DÖV 72, 25(27) bezeichnet Ossenbühl (O, Fritz, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat) die beiden letztgenannten Prinzipien als "die (Hervorhebung im Original - Anm. d. Verf.) beiden Pfeiler, die den Vertrauensschutz tragen." Unter substantiellem Inhalt sind die Voraussetzungen für die Gewährung von Vertrauensschutz zu verstehen. Auch hier existieren zahlreiche und praktisch bedeutsame Differenzen (vgl. die Nachweise bei Ossenbühl, Rücknahme, S. 156). Auf eine Diskussion der vertretenen Meinungen muß hier allerdings verzichtet und vielmehr eine Beschränkung auf die Darstellung der herrschenden Auffassung vorgenommen werden.

der Rücknahme das schutzwürdige Interesse des Begünstigten an der Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes überwiegt.¹ Wann dies der Fall ist, ergibt sich nach herrschender Meinung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles.² Diese im allgemeinen Verwaltungsrecht bestehende Auffassung der Interessenabwägung im Einzelfall auch hier zur Anwendung gelangen zu lassen, bestehen keine Bedenken. Das öffentliche Interesse an Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks besitzt damit gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse des Begünstigten keinen Vorrang. Hätte der Gesetzgeber eine solche (grundsätzliche) Überbetonung öffentlicher Interessen gewollt, dann hätte er - wie in § 13 Abs. 1 HO - eine ausdrückliche, unmißverständliche Formulierung treffen müssen. Da er dies anlässlich der Novellierung der Handwerksordnung im Jahre 1965, bei der übrigens auch der einschlägige § 8 HO 1953 geändert wurde, unterlassen hat, ihm andererseits aber die Rechtslage bekannt gewesen sein muß, kann hieraus nur geschlossen werden, daß grundsätzlich eine Abwägung im Einzelfall stattfinden soll. Damit sind einer typisierenden Betrachtung zwar Grenzen gesetzt, dennoch lassen sich aber allgemeine Grundsätze für diese Interessenabwägung angeben: Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks aufrechtzuerhalten und zu fördern rechtfertigen nach der Handwerksentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes die Einschränkung des Grundrechts auf freie Berufswahl.³ Diese Gewichtung und Bewertung muß bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden. Eine mangelhafte Ausnahmegewilligung kann daher nur in Ausnahmefällen aufrechterhalten werden. Insbesondere gilt dies, wenn die Mangelhaftigkeit in dem Fehlen des Befähigungsnachweises besteht. Dem Mangel der Voraussetzung

1) Vgl. Wolff-Bachof, § 53 V d 2, S. 460 f mit zahlreichen Nachweisen; Michel, Elmar; Kienzle, Werner, Gaststätten-gesetz, Kommentar, 5. Auflage, Köln Berlin Bonn München 1971, Anm. 2 zu § 15; Becker, H.J., a.a.O., DÖV 73, 379 (379) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes (Letztere wird zusammengefaßt in BVerwG v. 26.8.71 BVerwGE 38, 290 (294)); Ossenbühl, Rücknahme, S. 30; § 44 EVwVfG 1973 und die amtliche Begründung hierzu. (Kritisch zu dieser im Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägung äußert sich - aus dogmatischen und praktischen Gesichtspunkten - Ossenbühl, Rücknahme, S. 30-46)

2) Wie Anmerkung 1

3) Vgl. BVerfGE 13, 97

"Ausnahmefall" kommt damit diesbezüglich geringeres Gewicht zu. Weiter wird die Interessenabwägung durch den Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr beeinflusst. Hierbei ist allgemein anerkannt, daß Erfordernisse der Gefahrenabwehr stets ein überwiegendes öffentliches Interesse begründen.¹ Zumindest bei den Gefahrenhandwerken (z.B. Elektro-, Kraftfahrzeughandwerk) hat daher das Interesse des Begünstigten an der Aufrechterhaltung der Ausnahmegewilligung hinten zu stehen. Zugunsten des Betroffenen wirkt sich grundsätzlich aus, daß die (statusbegründende) Ausnahmegewilligung erst nach einem förmlichen Verfahren (Anhörungspflichten !) zustandekommt, und solchen Verwaltungsakten nach herrschender Auffassung erhöhter Vertrauensschutz zukommt.²

Zu der Berücksichtigung dieser Grundsätze bzw. zu der angeführten Abwägung der Interessen im Einzelfall kann es aber nur kommen, wenn das Interesse des Begünstigten schutzwürdig ist. Dies setzt eine Vertrauensgrundlage, einen Vertrauenszustand und rechtlich relevantes Vertrauensverhalten des Antragstellers voraus.³ Die Vertrauensgrundlage bildet der erlassene rechtswidrige Verwaltungsakt, der als "Bekundung der Staatsautorität" den "Rechtsschein eines gültigen Staatsausspruches erweckt" und die "Vermutung der Gültigkeit" für sich hat.⁴ Wer also auf die Gültigkeit eines Vertrauensaktes vertraut, verdient den Schutz des Rechts.⁴ Ob und inwieweit bereits (mündliche) Zusagen geeignet sind, eine Vertrauensgrundlage zu bilden, hängt davon ab, ob der Begünstigte auf solche Zusagen vertrauen durfte.⁵ Damit ist der Übergang zur zweiten Voraussetzung, dem Vertrauenszustand, hergestellt. Kein Vertrauen kann sich bilden, wenn die Ausnahmegewilligung durch Täuschung, Arglist, Bestechung, Drohung oder andere unerlaubte Mittel erwirkt wurde und die unlautere Vorgehensweise kausal für den Erlaß des Ver-

1) Vgl. Wolff-Bachof, § 53 V e 1, S. 462; Henke, Leitfaden, S. 62

2) Vgl. Wolff-Bachof, § 53 V e 7,8, S. 464 f

3) Vgl. Ossenbühl, Rücknahme, S. 80 ff

4) (Vgl.) Forsthoff, E., a.a.O., § 12, S. 224

5) Vgl. hierzu - allgemein - Haueisen, Fritz, Die Bedeutung von Zusagen im Verwaltungsrecht, NJW 61,1901

waltungsaktes gewesen ist.¹ Da Vertrauen ein Zustand der Arglosigkeit ist, kann in allen diesen Fällen Vertrauen niemals bestehen.² Das gleiche gilt, wenn der Begünstigte die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.^{3.4} Auch hier ist er nicht schutzwürdig. Weiter entfällt, gemäß dem Rechtsgedanken, daß derjenige die "Gefahr" zu tragen habe, in dessen Verantwortungsbereich sie entstanden ist, die Schutzwürdigkeit, wenn die Rechtswidrigkeit des Aktes durch Umstände herbeigeführt wurde, die dem objektiven Verantwortungsbereich des Begünstigten zuzurechnen sind. Bestehendes Vertrauen ist daher dann irrelevant, wenn die Ausnahmebewilligung auf unrichtigen oder unvollständigen Angaben beruht.⁵ Hier hat sich der Begünstigte die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und damit die Rücknahmemöglichkeit selbst zuzuschreiben.⁶ Allerdings wird hier auch zu berücksichtigen sein, inwieweit die höhere Verwaltungsbehörde diese Fehlerquelle zu verantworten hat. Allgemeinere ausgedrückt läßt sich sagen, daß darauf abzustellen ist, in wessen Verantwortungsbereich die Fehlerquelle überwiegend fällt.⁷ Als weitere Voraussetzung des Vertrauensschutztatbestandes wurde ein durch die Vertrauensgrundlage (kausal) verursachtes rechtlich relevantes Vertrauensverhalten genannt. Dies bedeutet, daß der Vertrauenszustand des Betroffenen sich kausal in Aktivitäten konkretisieren muß. Eine Insverksetzung, eine Manifestierung des Vertrauens

-
- 1) Entspricht die Ausnahmebewilligung dagegen dem zwingenden Recht, so ist sie trotz dieser "Mängel" nicht rechtswidrig und kann daher nicht zurückgenommen werden (vgl. - allgemein - Wolff-Bachof, § 53 e 2, S. 463 und Ossenbühl, Rücknahme, S. 81 ff)
 - 2) So Ossenbühl, Rücknahme, S. 81
 - 3) Vgl. Wolff-Bachof, § 53 V e, S. 463; Ossenbühl, Rücknahme, S. 83 ff
 - 4) Der Fahrlässigkeitsbegriff soll dabei nach Ossenbühl (Rücknahme, S. 85 f) durch konkret-individuelle Betrachtungsweise zu bestimmen sein, wobei eine widerlegbare Vermutung hinzutritt, wonach der Betroffene die Einsichtsfähigkeit eines Durchschnittsbürgers innehat (vgl. hierzu auch Wolff-Bachof, § 53 V e 2, S. 463 m.w.N.).
 - 5) Vgl. Wolff-Bachof, § 53 V e 3, S. 463 m.w.N.
 - 6) So Ossenbühl, Rücknahme, S. 83 f m.w.N.
 - 7) So auch - in anderem Zusammenhang - Fröhler, Zur Eintragung, S. 46

muß stattgefunden haben.¹ Und zwar muß dieses Vertrauensverhalten erheblich sein, d.h. ein gewisses Gewicht im individuell-konkreten Fall aufweisen, nur schwer rückgängig zu machen sein² und sich als typische Auswertung des Verwaltungsaktes darstellen. Ansonsten steht der Vertrauensschutz einer Rücknahme des Verwaltungsaktes nicht im Wege.³ Es ist also darauf abzustellen, inwieweit der Begünstigte seine Lebensführung geändert, besondere Vorkehrungen (Abschluß von Miet-, Arbeitsverträgen), Vermögensaufwendungen (Investitionen) vorgenommen hat.

Ist nach alldem das Vertrauen des Betroffenen schutzwürdig und überwiegt dieses Vertrauen das öffentliche Interesse an der Rücknahme der Ausnahmegewilligung, dann ist deren Rücknahme unzulässig.⁴ Entfällt der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, so steht - allgemein - die Rücknahme zwar nach herrschender Meinung im allgemeinen Verwaltungsrecht im Ermessen der Behörde,⁵ indessen werden die oben angeführten und gegeneinanderabzuwägenden Gesichtspunkte dazu führen, daß eine zulässige Rücknahme auch ausgesprochen werden muß.⁶ Dies gilt vor allem dann, wenn die Voraussetzung "Befähigungsnachweis" nicht erfüllt wurde, und hier insbesondere bei den Gefahrenhandwerken. Der Grundsatz des Nachweises der Befähigung durch die Meisterprüfung verlangt aber auch

1) Vgl. Wolff-Bachof, § 53 V e 4, S. 463; § 44 Abs. 2 S. 2 EVwVfG 1973; (im Ergebnis daher zutreffend:) VGH Bad.-W. v. 11.9.59 GewA 59/60, 253(255)

2) Vgl. BVerwG v. 29.8.63 GewA 64,119(119); § 44 Abs. 2 S.2 EVwVfG 1973; Wolff-Bachof, § 53 V e 4 m.w.N.

3) So auch Ossenbühl, Rücknahme, S. 90

4) Es sei darauf hingewiesen, daß Vertrauensschutz nach herrschender Meinung (im allgemeinen Verwaltungsrecht) erst dann eintreten kann, wenn der Verwaltungsakt (in Beziehung zur Handwerkskammer) unanfechtbar geworden ist (vgl. hierzu Ossenbühl, Rücknahme, S. 125 m.w.N.)

5) Vgl. Wolff-Bachof, § 53 V f 1, S. 465; § 44 Abs. 1 EVwVfG 1973 und amtliche Begründung hierzu; vgl. ferner die Nachweise bei Ossenbühl, Rücknahme, S. 151, mit Hinweisen auf die abweichende Auffassung von Becker-Luhmann, Zeidler, Storz, Ule-Becker (a.a.O., S. 150), Ipsen, Forsthoff, Bernhardt, Schütz, Köhler (a.a.O., S. 64)

6) So auch - allgemein - Wolff-Bachof, § 53 V f, S. 465

dann eine Rücknahme, wenn die Voraussetzung "Ausnahmefall" nicht vorlag. Ist daher das Interesse des Begünstigten nicht schutzwürdig oder überwiegt (trotz Schutzwürdigkeit) das öffentliche Interesse, dann muß die Ausnahmegewilligung zurückgenommen werden; Ermessen steht der höheren Verwaltungsbehörde nicht zu.

25. Besondere verfahrensrechtliche und prozessuale
Probleme der Ausnahmegewilligung

251. Die Anhörung nach § 8 Abs. 3 HO¹

2511. Der Kreis der Anzuhörenden

Den Verwaltungsbehörden ist wiederholt vor Erlaß eines Verwaltungsaktes die Anhörung anderer Einrichtungen und/oder (Einzel-) Personen zur Pflicht gemacht.² Eine solche Form der Mitwirkung sieht auch § 8 Abs. 3 HO vor. Nach dieser Vorschrift hat die zuständige höhere Verwaltungsbehörde die zuständige Handwerkskammer anzuhören.^{3,4} Benennt der Antragsteller der höheren Verwaltungsbehörde oder der Handwerkskammer eine (seine !) Berufsvereinigung, bei der er aber nicht Mitglied zu sein braucht, so hat die Handwerkskammer diese zu hören.⁵ Unter Berufsvereinigung sind dabei nach

- 1) Die folgende Darstellung beschränkt sich auf Probleme, die die Anhörung der Handwerkskammer und der Berufsvereinigung betreffen. Die Anhörung des Antragstellers soll hier folglich nicht untersucht werden
- 2) Vgl. u.a. § 14 Abs. 1 PBefG; § 14 Abs. 3 GÜKG; § 7 b Abs. 2 S. 4 UWG; §§ 10 ff BImSchG; § 35 Abs. 4 GewO
- 3) Die Zuständigkeit der höheren Verwaltungsbehörde richtet sich, da die Ausnahmegewilligung personenbezogen und nicht an einen bestimmten Ort gebunden ist, nach dem Wohnsitz des Antragstellers. Fehlt ein solcher (im Inland), dann ist vom gewöhnlichen Aufenthaltsort auszugehen. Zuständige Handwerkskammer ist die für den Bezirk der höheren Verwaltungsbehörde errichtete Kammer. Bestehen mehrere, so wird auch hier auf den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthaltsort abzustellen sein (vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 39 zu § 8 a.A. Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 8 zu § 8)
- 4) Auf die Verstärkung dieser Anhörungspflicht durch ein ausdrücklich eingeräumtes Klagerecht (§ 8 Abs. 4 HO) soll an dieser Stelle nur hingewiesen werden (vgl. hierzu die Ausführungen auf S.275 ff)
- 5) § 8 Abs. 1 HO 1953 sah im Unterschied hierzu die Anhörung der Berufsvereinigung durch die höhere Verwaltungsbehörde vor; aus "Gründen der Verwaltungsvereinfachung" (so Ausschlußbericht 1965, II Nr. 7) wurde jedoch diese Änderung anläßlich der Novellierung 1965 durchgeführt

soweit ersichtlich übereinstimmender Meinung nur solche Vereinigungen zu verstehen, die die Förderung der Interessen des Gesamtberufes ohne Rücksicht auf die soziale Stellung der Berufsangehörigen zum Ziele haben.¹ Spezielle Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisationen scheiden damit aus.² Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß deren Interessen überwiegend nicht-fachlicher Art sind.³ Die erwähnten Kriterien erfüllen auch Industrie- und Handelskammern, Landwirtschaftskammern und Handwerkskammern nicht, da sie globale Interessenvertretungen sind, denen die fachliche Verbundenheit zum Beruf des Antragstellers fehlt.⁴ In Frage kommen dagegen etwa die Berufsvereinigungen der Ingenieure und Architekten. Weiter wird man die in der Handwerksordnung aufgeführten Innungen und Innungsverbände hierher zu rechnen haben, wobei nach Eyermann-Fröhler-Honig in der Regel die Innungen und nur in Ausnahmefällen die Zusammenschlüsse höherer Ordnung zu hören sind.⁵

Die Anhörung der Kammer und der benannten Berufsvereinigung sind vom Gesetzgeber zwingend und ausnahmslos vorgeschrieben. Die Anhörungspflicht besteht unabhängig davon, ob die höhere Verwaltungsbehörde oder die Handwerkskammer die Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung für gegeben halten oder nicht.⁶ Die Einholung gutachtlicher Äußerungen weiterer Institutionen steht den anhörenden Stellen dagegen frei.

Bevor nun die Konsequenzen der Verletzung dieser Verfahrensvorschrift erörtert werden, gilt es Form, Inhalt, Zweck und Rechtscharakter der Anhörung darzustellen, denn der Anhörungspflicht wird nicht nur nicht Genüge getan, wenn die Anhörung vollkommen unterbleibt, sondern auch dann, wenn diese nicht ordnungsgemäß vorgenommen wird.

1) So Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 42 zu § 8; Siegert-Musielak, Anm. 42 zu § 8; Schwindt, H., a.a.O., Anm. 1 zu § 8

2) Vgl. VG Augsburg v. 20.12.57 THwE

3) Vgl. Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 10 zu § 8

4) So Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 10 zu § 8 a.A. Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, HO, Anm. 3 zu § 8

5) A.a.O., Anm. 42 zu § 8

6) Dies ergibt sich aus den unterschiedlichen Fassungen von § 8 HO und § 22 HO

2512. Form, Inhalt, Zweck und Rechtscharakter der Anhörung

Eine bestimmte Form schreibt die Handwerksordnung für die Anhörung nicht vor. Daher genügt es, wenn die anhörenden Stellen den anzuhörenden Institutionen den Antrag, die verfügbaren Unterlagen zu seiner Beurteilung und das Ergebnis von Ermittlungen und Prüfungen mitteilen und ihnen mit einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme geben.¹

Entgegen der reinen Wortbedeutung, die auf ein Verfahren unter Anwesenden hindeutet, genügt eine schriftliche Äußerung. Andererseits erfüllt eine mündlicher Erörterung das Erfordernis der Anhörung. Entscheidend ist, daß sich erkennen läßt, daß v vollständig unterrichtet und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde. Dies ist anhand von Inhalt, Verlauf und Ergebnis der Erörterung oder der schriftlichen Äußerung festzustellen. Bei mündlicher Erörterung kann dann eine schriftliche Stellungnahme unterbleiben.² Allgemeiner kann gesagt werden, daß der Anhörungspflicht Genüge getan wird, wenn dem Anzuhörenden Gelegenheit zur Äußerung gegeben wird, und zwar zum Sachverhalt wie auch zur rechtlichen Beurteilung.³ Dies setzt voraus, daß die anzuhörende Institution nicht nur über den Sachverhaltskern informiert wird,⁴ sondern Gegenstand der Erörterung müssen alle Tatsachen und (rechtlichen) Gesichtspunkte sein, die für die Erteilung oder Versagung der beantragten Ausnahmegewilligung wesentlich sind oder sein können.⁵ Die Anhörung hat sich demnach auf den ganzen Antrag, nicht nur auf einzelne, eventuell im konkreten Fall problematische Voraussetzungen der beantragten Ausnahmegewilligung zu beziehen.

- 1) So Reuss, Handwerksrecht, Anm. III 3 zu § 8; wohl ebenso Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 9 zu § 8
- 2) Vgl. BVerwG v. 31.1.57 BVerwGE 5,18(18 LS 2; 20); VGH Bad.-W. v. 13.9.71 GewA 72,183(183)
- 3) So Creifelds, Carl u.a., Rechtswörterbuch, München 1973, S. 51; vgl. auch Fuhr, E., a.a.O., Anm. 15 a zu § 35 unter Hinweis auf BVerwG v. 4.7.56 zu § 345 IAG; Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Anm. 103 zu § 35
- 4) Wie es nach Kienzle, Gewerbeuntersagung, S. 40, der Fall sein soll
- 5) Im Tenor ebenso Fielitz, Karl Heinrich u.a., Personenbeförderungsgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Frankfurt, Anm. 2 zu § 14

Aus diesen Ausführungen ergibt sich bereits, daß Sinn und Zweck der vorgeschriebenen Mitwirkung allgemein darin liegen, der anhörenden Institution die Möglichkeit zu gewähren, auf Fach- und Spezialkenntnisse, auf Erfahrungen anderer Einrichtungen und/oder (Einzel-)Personen zurückgreifen zu können, um so eine solide Beurteilungsgrundlage für eine sachverständige und alle Gesichtspunkte berücksichtigende Entscheidung zu gewinnen, um die Meinungsbildung zu erleichtern. Dies bedeutet, daß die Anhörung im Interesse einer "richtigen" Sachentscheidung vom Gesetzgeber vorgeschrieben wurde.¹ Gleichzeitig wird den anzuhörenden Stellen damit aber zumindest faktisch Gelegenheit verschafft, ihren rechtlichen, wirtschafts- und handwerkspolitischen Vorstellungen Ausdruck zu verleihen. Diese Möglichkeit der Beeinflussung, die sich prinzipiell bei Mitwirkungsakten nicht ausschließen läßt,² ist aber nicht nur rein faktischer Natur, sondern muß vom Gesetzgeber aufgrund der Ausgestaltung der einschlägigen Vorschrift gewollt sein. Für die Beteiligung der Berufsvereinigung geht dies daraus hervor, daß es vom Antragsteller abhängig ist, ob für die Handwerkskammer eine Anhörungspflicht begründet wird, denn für den Fall, daß der Bewerber keine Berufsvereinigung benennt, besteht auch keine diesbezügliche Anhörungspflicht.^{3.4} Hieraus ergibt sich, daß diese Anhörung lediglich im Interesse des Antragstellers im Gesetz verankert wurde⁵; sie dient folglich nicht zur

1) Vgl. etwa amtl. Begründung zu § 14 PBefG (BT III, Ds. 255) Die Gesetzgebungsmaterialien zur Handwerksordnung geben keine Begründung für die Anhörungspflicht.

2) Dies zumindest übersieht Fuchs (F., Dieter, Zur "Anhörung" im Gewerbeuntersagungsverfahren nach § 35 Abs. 4 Gewerbeordnung, GewA 68, 195 (196))

3) Mißverständlich Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 43 zu § 8. Hiernach läge die Entscheidung nur dann im Belieben des Bewerbers, wenn er keiner Berufsvereinigung angehört. Diese Auffassung ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht zu vereinbaren. Entscheidend bleibt allein, ob der Antragsteller eine Vereinigung benennt. (Anders war die Rechtslage nach § 8 Abs. 1 HO 1953; hierfür trifft die Auffassung von Eyermann-Fröhler-Honig 1973 zu.)

4) Der Bewerber allein bestimmt, ob die Berufsvereinigung gehört werden muß; der Handwerkskammer bleibt es aber unbenommen, auch ohne Benennung durch den Antragsteller eine (oder mehrere) Berufsvereinigung(en) zu hören.

5) Ebenso Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 43 zu § 8

Vertretung öffentlicher Interessen oder zur Vertretung von Verbandsinteressen. Diese (verbands-)interessenvertretende Komponente ist in der vorgeschriebenen Anhörung der Handwerkskammer zu sehen. Jedenfalls spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Gesetzgeber nicht nur der höheren Verwaltungsbehörde die Entscheidungsfindung erleichtern, sondern auch berechtigte Interessen des Handwerks vertreten wissen wollte. Die Handwerkskammer soll aber andererseits auch im Interesse der Allgemeinheit darauf achten können, daß Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks gewährleistet, Handwerksbetriebe also nur von ausreichend Befähigten geleitet werden. Hierüber zu befinden ist die Kammer von der tatsächlichen Seite her am besten. Die Beteiligung der Handwerkskammer am Verfahren zur Erteilung der Ausnahmegewilligung geschieht somit im Interesse der Allgemeinheit und des Handwerks als Gesamtheit.¹ Die Einräumung der Klagebefugnis gegen die Erteilung oder Versagung einer Ausnahmegewilligung (§ 8 Abs. 4 HO), die der Gesetzgeber bei anderen vergleichbaren Gesetzen² und auch in der Handwerksordnung selbst bei anderen Anhörungen unterlassen hat,³ zeigt, welch hoher Stellenwert dieser Funktion der Handwerkskammer beizumessen ist, zumal es sich hier wohl um den einzigen Fall handelt, in dem einer Berufsverbandsgruppe durch Bundesgesetz die verwaltungsgerichtliche Klagebefugnis ohne Rücksicht auf verletzte eigene Rechte verliehen wurde.⁴ Daher liegt es nahe, daß die Handwerkskammer, auch aufgrund ihrer Stellung als Einrichtung mittelbarer Staatsverwaltung, gehalten ist, den Grundsatz der Objektivität zu wahren, und daher etwa wettbewerbspolitische Anliegen betroffener Gewerbebezüge von sich zu weisen hat. Ihre Beteiligung am Verwaltungsverfahren dient nicht zur Durchsetzung individueller Interessen eines möglichen Konkurrenten, noch zur Durchsetzung der Interessen

1) So auch Eyermann, Erich, Vom Nachbarschutz zur Popularklage?, GewA 74,42(46)

2) Vgl. etwa § 35 GewO; § 14 Abs. 1 Z. 1e, 2d, 3b, 5 PBefG; § 14 GÜKG

3) Vgl. §§ 22, 24 HO

4) Vgl. Eyermann, E., a.a.O., GewA 74,42(46) unter Hinweis auf Naumann, DÖV 71,378

des betroffenen Handwerkszweiges, sondern allein zur Wahrnehmung der Interessen der Allgemeinheit und des Handwerks (als Gesamtheit).¹

Diese Ausführungen zu Sinn und Zweck der vorgeschriebenen Anhörung legen die Frage nach der Gebundenheit der anhörenden Institutionen an die Auffassung der angehörten Einrichtung nahe.

Anerkannterweise rangiert die Anhörung in der nach ihrer Intensität geordneten Skala der Mitwirkungsakte an Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung zwischen den informierenden und den mitentscheidenden Mitwirkungsakten.² Für die Frage der Bindungswirkung läßt sich hieraus aber noch nichts entnehmen. Die herrschende Meinung im allgemeinen Verwaltungsrecht geht nun davon aus, daß die Anhörung für die anhörende Behörde³ keinerlei Bindung erzeugt.⁴ Vielmehr wird darin eine unverbindliche Stellungnahme gesehen,⁵ die die alleinige Zuständigkeit der Entscheidungsbehörde nicht berührt.⁶ Wenn daher grundsätzlich keine Bindungswirkung an

1) Zugegeben werden muß allerdings, daß es zumindest schwerfällt, von den hinter dem Begriff "Interessen des Handwerks" verborgenen Interessen des jeweiligen Zweiges oder der betreffenden Gewerbetreibenden zu abstrahieren, also einen Durchgriff zu negieren. (Vgl. hierzu Wolf, Manfred, Die Klagebefugnis der Verbände, Tübingen 1971, S. 54)

2) Vgl. Schlüter, Jörg, Das Zusammenwirken von Verwaltungsbehörden bei Erlaß eines Verwaltungsaktes, Diss. Münster 1966, S. 2 f

3) Das sind hier die Handwerkskammer und die höhere Verwaltungsbehörde

4) Vgl. Frischmann, Otto; Weingart, Olaf, Zur selbständigen Anfechtbarkeit behördlicher Mitwirkungsakte, DÖV 62, 721 (721, 724)

5) Ebenso für den Fall des § 35 GewO: Landmann-Rohmer-Eyer- mann-Fröhler-Ritgen, Anm. 109 zu § 35; Kienzle, Gewerbe- untersagung, S. 40; Fuchs, D., a.a.O., GewA 68, 195 (198) m.w.N.; vgl. auch allgemein Wolff, Hans J., Verwaltungs- recht II, 3. Auflage, München 1970, § 77 V e 2, S. 116. Diese Meinung wurde auch zu dem § 19 des Gaststättenge- setzes vom 28. April 1930 (RGBl. I S. 146) vertreten, vgl. Scheer, Bernhard, Gaststättengesetz, Hamburg 1959, Anm. I A 3 zu § 19; Rohmer, Gustav; Eyer- mann, Erich, Kommentar zum Gaststättengesetz, München Berlin 1952, Anm. 2a zu § 19; Michel, Elmar, Das Gaststättengesetz, Kommentar, 4. Auflage, Köln Berlin 1952, Anm. I 3 zu § 19

6) So Schlüter, J., a.a.O., S. 126

die in der Stellungnahme vertretene Auffassung besteht, so wird sich die anhörende Institution jedoch mit dieser Meinung, insbesondere auch in der Begründung des Verwaltungsaktes, auseinanderzusetzen haben.¹ Dieser allgemeinen Betrachtungsweise, die sich aus der dem Begriff immanenten Bedeutung, sowie dem Sinn und Zweck der Anhörung ergibt, ist auch für das Handwerksrecht zuzustimmen. Damit entfaltet die Stellungnahme der Handwerkskammer keine konstitutiven Wirkungen, sondern lediglich solche verwaltungsinterner Natur. Durch das Gutachten erfolgt noch kein Eingriff in die Rechtsstellung des Antragstellers²: Es mangelt der unmittelbaren Wirkung nach außen, zumal keine Bindungswirkung existiert. Weiter liegt keine (abschließende) Regelung eines Einzelfalles vor. Dieser Mitwirkungsakt stellt somit keinen Verwaltungsakt dar.³ Eine negative Stellungnahme kann daher von dem Antragsteller nicht angefochten werden⁴; er kann nur gegen die letztlich ergehende Entscheidung angehen.

Dieses Ergebnis führt zu der Frage, welche Rechtsfolgen die Unterlassung der Anhörung der Handwerkskammer bzw. der vom Antragsteller benannten Berufsvereinigung nach sich ziehen kann. Erinnert sei hierbei daran, daß die Anhörungspflicht nur darin besteht, der anzuhörenden Einrichtung (ordnungsgemäß) Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren, es also nicht darauf ankommt, ob diese innerhalb der gesetzten Frist tatsächlich Stellung bezieht.⁵ Nach Ablauf dieser Frist kann also die Entscheidung ergehen, ohne daß eine unterbliebene Stellungnahme Rechtswirksamkeit und/oder Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes beeinflussen.

- 1) So Sieg, Harald; Leifermann, Werner, Gewerbeordnung, Kommentar München Berlin 1966, Anm. 23 zu § 35; ähnlich schon BayVGh v. 30.11.23 GewA 23,39(40)
- 2) Vgl. BVerwG v. 29.6.54 DVBl. 54,646(646) bzgl. des Gutachtens des Vorstands der Rechtsanwaltskammer im Verfahren für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft
- 3) Ebenso für den Fall des § 35 GewO: Landmann-Rohmer-Evermann-Fröhler-Ritgen, Anm. 109 zu § 35; Fuhr, E., a.a.O., Anm. 15 a zu § 15; BVerwG v. 29.6.54 DVBl. 54,646(646) bzgl. des Gutachtens des Vorstands der Rechtsanwaltskammer; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 26 zu § 42; Schlüter, J., a.a.O., S. 109 m.w.N.; Frischmann-Weingart, a.a.O., DÖV 62,721(724)
- 4) Davon zu trennen ist die Frage nach Schadensersatz bei (schuldhaft) falscher Stellungnahme, vgl. hierzu Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Anm. 109 zu § 35
- 5) Vgl. Rohmer-Eyermann, a.a.O., Anm. 2 a zu § 19; Michel, F., a.a.O., Anm. 13 zu § 10. Beide unter Hinweis auf Bescheid des PreußOVG v. 21.2.24 GewA 22,21(21)

2513. Die Verletzung der Anhörungspflicht

Die Unterlassung der nach § 8 Abs. 3 HO vorgeschriebenen Anhörung stellt einen Verstoß gegen zwingendes Verwaltungs-verfahrensrecht dar.¹ Der auf diese Art und Weise erlassene Verwaltungsakt ist rechtswidrig und fehlerhaft.² Fraglich erscheint nun, welche Konsequenzen dieser Fehler nach sich zieht, ob er also Nichtigkeit oder Mangelhaftigkeit der Ausnahmegewilligung bewirkt, ob er durch Nachholung der Mitwirkung geheilt werden kann oder ob er gar unbeachtlich ist.

Auf die verschiedenen Theorien der Nichtigkeitsfolge von Fehlern eines Verwaltungsaktes braucht hier nicht eingegangen zu werden,³ denn die herrschende Meinung sieht in der Unterlassung einer gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Anhörung

- 1) Vgl. - allgemein - Hauelsen, Fritz, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsakt*, DÖV 73,653(653) m.w.N.; ders., *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsakt*, DOK 72, 611(611)
- 2) Dem Bundesverwaltungsgericht kann nicht zugestimmt werden, wenn es in seinem Urteil vom 16.5.57 BVerwGE 5,79 = JZ 58,356 ausführt, daß aus der unzulässigerweise unterbliebenen Anhörung eines Betroffenen vor Erlass eines Verwaltungsaktes noch nicht folge, daß der Akt "wegen Unterbleibens der Anhörung rechtswidrig war und aufgehoben werden muß" (BVerwGE 5,79(83f)). Hiervon ist mindestens die erste Feststellung falsch, denn ein Akt, der gegen zwingendes Recht verstößt, ist ganz sicher rechtswidrig. Davon getrennt werden muß aber die Frage, ob jede Rechtswidrigkeit auf Anfechtung hin zur Aufhebung führen muß, oder ob diese eventuell dann unterbleiben darf, wenn die Rechtswidrigkeit ersichtlich ohne Einfluß auf das Ergebnis des Aktes ist (so Bachof, Otto, *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht*, Tübingen 1963, S. 265). Dieser Auffassung von Bachof hat sich der 1. Senat des BVerwG dann auch in seinem Urteil v. 29.3.66 BVerwGE 24, 23(32) angeschlossen; der 4. Senat führt dagegen noch in seiner Entscheidung vom 10.4.68 BVerwGE 29,283(283f) aus: "In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ist anerkannt, daß nicht jede Verletzung einer Form- oder Verfahrensvorschrift die Rechtmäßigkeit (Hervorhebung durch d. Verf.) des Verwaltungsaktes beeinträchtigt (vgl. BVerwGE 24,23ff(32))." Diese Berufung auf E 24,23(32) erfolgt jedoch - offensichtlich - zu Unrecht. (Kritisch zur diesbezüglichen Rechtsprechung des BVerwG auch Wolff-Bachof, § 51 IV e, S. 434 m.w.N.)
- 3) Zu Schweretheorie, Evidenztheorie, Unmöglichkeitstheorie, vgl. Wolff-Bachof, § 51 I c 3,4, S. 425f, § 51 III a,b,c, S. 428 f

keinen Grund für die Nichtigkeit des erlassenen Verwaltungsaktes.¹ Umstritten, und daher klärungsbedürftig ist dagegen, ob der Fehler unbeachtlich ist, also keine Konsequenzen nach sich zieht, oder ob der Verwaltungsakt auf Anfechtung hin aufgehoben werden muß. Dabei gilt es auch das Problem der Heilung des Fehlers zu behandeln, denn eine zulässige (fristgemäße) Nachholung der Mitwirkung würde zur Aufrechterhaltung des fehlerhaften Verwaltungsaktes führen.^{2,3}

Nach dem von der Bundesregierung vorgelegten Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes soll die Verletzung einer Verfahrensvorschrift unbeachtlich sein, wenn die erforderliche Anhörung eines Beteiligten bzw. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird, wobei diese Nachholung bis zum Abschluß des Vorverfahrens erfolgen können soll.⁴ Allein aufgrund des Verfahrensfehlers soll jedoch eine Aufhebung des (fehlerhaften und nicht geheilten) Aktes bei gebundenen Verwaltungsakten, also auch bei einer Ausnahmebewilligung, nicht beansprucht werden können.⁵ Wie in der Begründung hierzu ausgeführt wird,⁶ lehnt sich diese Bestimmung an die prozeßökonomischen Regelungen in § 563 ZPO und § 144 Abs. 4 VwGO an, nach denen die Revision trotz Gesetzesverletzung zurückzuweisen ist, wenn die Entscheidung sich als richtig darstellt.

- 1) Vgl. Redeker-von Oertzen, Anm. 59 zu § 42; Schlüter, J., a.a.O., S. 126 mit zahlreichen Nachweisen; Frischmann-Weingart, a.a.O., DÖV 62, 721 (729); Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Anm. 103 zu § 35; Landmann, Heinz; Giers, Wolfgang; Proksch, Ernst, Allgemeines Verwaltungsrecht, Düsseldorf 1969, S. 166; § 40 Abs. 3 Nr. 4 EVwVfG 1973; BVerwG v. 4.10.60 BVerwGE 11, 195 (198); wohl auch Wolff-Bachof, § 51 IV e, S. 434 a.A. wohl Forsthoff, E., a.a.O., § 12, S. 236
- 2) So - allgemein - Wolff-Bachof, § 51 V b 1, S. 437
- 3) Die handwerksrechtliche Rechtsprechung hat sich - soweit ersichtlich - mit diesen Problemen noch nicht befaßt. Da auch die einschlägigen Kommentare keine Begründungen geben, gilt es herausgebildete Auffassungen anderer Rechtsgebiete auf ihre Übertragbarkeit zu prüfen.
- 4) Vgl. § 41 EVwVfG 1973
- 5) Vgl. § 42 EVwVfG 1973
- 6) Vgl. BT VII, Ds. 7/910, zu § 42

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden; die Richtung dieser Entwicklung ist bedenklich.¹ Dabei mag noch dahingestellt bleiben, ob die Rechtsfolgen, die Prozeßordnungen an gerichtliche Verfahrensmängel knüpfen, auf entsprechende Mängel im Verwaltungsverfahren übertragen werden können, jedenfalls hat der Gesetzgeber auch Regelungen getroffen, nach denen Verfahrensmängel zur Aufhebung einer Entscheidung führen, ohne daß dabei die Frage nach der materiellen Richtigkeit dieser Entscheidung rechtlicher Relevanz begegnet. Hierzu sei verwiesen auf § 138 VwGO, wo die unbedingten Revisionsgründe aufgeführt sind, zu denen auch die Versagung des rechtlichen Gehörs (durch das Berufungsgericht) zählt. Verfahrensökonomische Einwendungen verdienen zwar Berücksichtigung, sie sind aber weder allein entscheidend, noch vermögen sie hier zu überzeugen. Ansonsten wäre nicht einzusehen, warum nicht die sachliche Unzuständigkeit bei inhaltlicher Richtigkeit des Aktes ebenfalls unbeachtlich sein sollte.² Zudem ändert der Hinweis auf die Gebundenheit eines Verwaltungsaktes an dieser Auffassung nichts, denn die Feststellung, daß auch bei Beachtung der Verfahrensvorschrift keine andere Sachentscheidung hätte getroffen werden können, "ist stets bis zu einem gewissen Grade hypothetisch und wird den Betroffenen selten überzeugen."³ Vor allem aber sind es rechtsstaatliche Aspekte, welche eine Sanktion von Verfahrensfehlern, also auch einer unterlassenen Anhörung, fordern.⁴ Die in § 8 Abs. 3 HO zwingend vorgeschriebene Anhörung soll eine besonders gründliche Sachaufklärung garantieren, zugleich die Vertretung der Interessen des Handwerks gewährleisten und durch die Mitwirkung der vom Antragsteller benannten Berufsvereinigung für diesen eine besondere Vertrauensbasis schaffen. Durch

1) So Wolff-Bachof, § 51 IV e, S. 434 f

2) Hierauf weisen treffend Wolff-Bachof, § 51 IV e 2, S. 434, hin.

3) So - allgemein für Form-, Verfahrensfehler und örtliche Unzuständigkeit - Wolff-Bachof, § 51 IV e 2, S. 434; ähnlich auch BVerwG v. 8.7.59 BVerwGE 9,69(71f)

4) Vgl. hierzu allgemein Weyreuther, Felix, Probleme der Rechtsprechung zum Enteignungsverfahren, DVBl. 62,93(98); Kopp, Ferdinand, Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens und das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß, VA Bd. 61(1970), 219(220) (zukünftig zitiert: Kopp, Verwaltungsprozeß); Wolff-Bachof, § 51 IV e, S. 434

die Anordnung der Anhörung hat der Gesetzgeber eine wichtige Garantie für ein - unter Abwägung der Interessen aller Beteiligten - einwandfreies Zustandekommen des beantragten Verwaltungsaktes installiert; eine Verletzung dieser Vorschrift widerspricht daher den berechtigten Erwartungen der Betroffenen.¹ Zudem würde der Verzicht auf eine Sanktion zwangsläufig den Verlust des Vertrauens der Bürger in die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns bedeuten, denn die Anordnung einer Anhörung stellt - ebenso wie materielles Recht - wirksames Recht dar. Die sanktionslose Unterlassung der Anhörung würde dieser wesentlichen verfahrensrechtlichen Vorschrift einen Teil ihrer Bedeutung als Garant eines auf Gesetzmäßigkeit hin ausgerichteten Verwaltungshandelns nehmen²; die Auffassung von der Unbeachtlichkeit dieses Verfahrensfehlers widerspricht dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Die Verletzung der Anhörungspflicht kann daher nicht unbeachtlich sein. Das Rechtsstaatsprinzip fordert vielmehr eine Sanktion des Fehlers.³ Da Nichtigkeit des Verwaltungsaktes und Unbeachtlichkeit des Fehlers nicht angenommen werden können, bleibt lediglich die Mangelhaftigkeit des Aktes als Folge der unterlassenen Anhörung mit der Konsequenz der Rücknahme⁴ oder Aufhebung auf Anfechtung hin.⁵

Bevor nun aber auf die Frage eingegangen wird, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen sich bei unterlassener Anhörung von Handwerkskammer bzw. Lonenannter Berufsvereinigung Antragsteller, Handwerkskammer und Berufsvereinigung auf diesen Verfahrensfehler berufen können, bedarf es der

- 1) Ähnlich für Verfahrensfehler allgemein Wolff-Bachof, § 51 IV e, S. 435
- 2) Ähnlich für Verfahrensfehler allgemein Kopp, Verwaltungsprozeß, VA Bd. 61(1970), 219(220). Einen gegensätzlichen Standpunkt nimmt Groschupf ein. Er führt aus, Fehler im Verwaltungsverfahren seien unbeachtlich, denn das Verfahrensrecht sei "nicht das Recht selbst", es solle "nur eine Entscheidung über das materielle Recht ermöglichen" und habe "dem materiellen Recht gegenüber dienende Funktion". (Groschupf, Otto, Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?, DVBl. 62, 627(630))
- 3) Im Ergebnis ebenso Wolff-Bachof, § 51 IV e, S. 434 f
- 4) Das Problem der Rücknahme soll hier nicht weiter verfolgt werden, vgl. hierzu - allgemein - Wolff-Bachof, § 53 V a, S. 460 ff m.w.N.
- 5) Zur Terminologie vgl. Wolff-Bachof, § 53 I, S. 449f

Klärung, ob und gegebenenfalls bis zu welchem Zeitpunkt die Mitwirkung von Kammer und benannter Berufsvereinigung nachgeholt, die mangelnde Beteiligung also behoben und der Verwaltungsakt trotz seines (ursprünglichen) Fehlers aufrechterhalten werden kann.

Mit Wolff-Bachof und der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes wird hierbei - im Gegensatz zu § 41 Z.3 und Z. 5 EVwVfG 1973, wo eine Nachholung der vorgeschriebenen Mitwirkung bis zum Abschluß des Vorverfahrens für zulässig gehalten wird - davon ausgegangen, daß eine nachträgliche Erklärung den Mangel rechtzeitiger Beteiligung nicht mehr beheben kann, wenn dem der Zweck des Mitwirkungsgebotes entgegensteht.¹

Wortlaut,² Sinn und Zweck der in § 8 Abs. 3 HO vorgeschriebenen Anhörung erfordern diese Mitwirkung vor der Entscheidung der Verwaltung, um auf diese Weise die spezifischen Erfahrungen, die Rechtsauffassungen der anzuhörenden Institutionen als solide Grundlage in die Beurteilung eingehen zu lassen.³ Zwingend ergibt sich dies daraus, daß die Beurteilungsgrundlagen einer Entscheidung notwendigerweise vor ihrer Fällung vorhanden sein müssen.^{4,5} Zudem ist die vom Gesetzgeber den zu beteiligenden Institutionen zuerkannte Interessenvertretende Funktion nur einwandfrei zu erfüllen, wenn die Anhörung rechtzeitig erfolgt. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß es sich im speziellen

- 1) Vgl. Wolff-Bachof, § 51 V b 1, S. 437f und die dort gegebenen Hinweise auf die Rechtsprechung des BVerwG
- 2) Zweifel könnten allenfalls wegen der unterschiedlichen Formulierung bei der Anhörung der Berufsvereinigung auftreten. Da sich überzeugende Gründe für eine diesbezügliche Differenzierung aber nicht angeben lassen, muß der Sinn der unterschiedlichen Wortfolge darin gesehen werden, daß der Gesetzgeber eine störende Wiederholung vermeiden wollte. Die Anhörung der benannten Berufsvereinigung ist daher ebensowenig wie die Anhörung der Handwerkskammer nachholbar.
- 3) Es sei nochmals darauf hingewiesen, daß die Anhörungspflicht unabhängig davon besteht, ob die Behörden (Handwerkskammer und höhere Verwaltungsbehörde) in ihrer Beurteilung des Antrages zu einem negativen oder positiven Ergebnis gelangen; sie können also nicht von sich aus entscheiden (es sei denn, die Gelegenheit zur Stellungnahme wurde von der anzuhörenden Institution nicht genutzt).
- 4) Vgl. EVwVfG v. 8.2.67 BVerwGE 26,145(147)
- 5) Die vorgetragenen Argumente beziehen sich weitgehend sowohl auf die Anhörung der Handwerkskammer als auch der benannten Berufsvereinigung

Fall um unbestimmte Gesetzesbegriffe handelt. Denn es ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht zwingend, daß ein Tatbestand von zwei Behörden stets gleich beurteilt wird.¹ Deshalb muß die anzuhörende Einrichtung die Möglichkeit haben, ihre Auffassung darzulegen, bevor die (Entscheidungs-)Behörde ihre Regelung trifft.¹ Daß die nachträgliche Anhörung (der Handwerkskammer) ihren Zweck nicht erfüllen kann, ergibt sich somit auch daraus, daß die Stellungnahme anders lauten hätte können, wenn sie schon vor der abschließenden Entscheidung erfolgt wäre.² Zudem stellt sich die Frage, ob es nicht etwa schon aus Gründen der Staatsautorität bei dem einmal Verlautbarten und womöglich schon Verwirklichten sein Bewenden haben soll,³ so daß sich etwa auch "aus prozeßtaktischen Erwägungen"⁴ ein Hintanstellen eigener (abweichender) Argumente ergäbe.⁴ Eine verspätete Anhörung (selbst mit dem Ergebnis einer Zustimmung zu der getroffenen Regelung) vermag den Mangel nicht zu heilen, denn es kann nicht darauf ankommen, wie im Einzelfall das Ergebnis der Anhörung ausfällt, sondern nur darauf, ob das vom Gesetz zwingend und mit wohlerwogenen Gründen vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist.⁵ Wenn demgegenüber eine Nachholung im Vorverfahren noch als zulässig erachtet würde, wären Sinn und Zweck der Anhörung (besonders gründliche Sachaufklärung, Nutzbarmachung spezieller Sachkenntnisse) verfehlt; zudem wäre die vom Gesetzgeber für beachtenswert erklärte interessenvertretende Funktion von Handwerkskammer und benannter Berufsvereinigung nicht gewährleistet, denn es liegt nahe, daß die Behörde (Handwerkskammer und höhere Verwaltungsbehörde), nachdem sie an die vorgetragene Auffassung nicht gebunden ist, bei ihrer ursprünglichen Meinung bleiben wird. Jedenfalls ist eine nachträgliche Anhörung schlechter als das vom Gesetz Gewollte,⁶ und es

1) Vgl. BVerwG v. 8.7.59 BVerwGE 9,69(71f)

2) Vgl. BVerwG v. 8.2.67 BVerwGE 26,145(148)

3) Vgl. BVerwG v. 4.11.60 BVerwGE 11,195(206)

4) Vgl. BVerwG v. 8.2.67 BVerwGE 26,145(148)

5) So BVerwG v. 8.7.59 BVerwGE 9,69(72) m.w.N.

6) So BVerwG v. 13.12.63 BVerwGE 17,279(282)

geht nicht an, die vom Gesetzgeber der Handwerkskammer und der Berufsvereinigung eingeräumte Möglichkeit der Einwirkung auf die Entscheidung der Behörden (hier: höhere Verwaltungsbehörde und Handwerkskammer) noch weiter einzuschränken.

Als Zwischenergebnis ergibt sich somit: Die Unterlassung der vorgeschriebenen Anhörung macht den Verwaltungsakt rechtswidrig und fehlerhaft. Die Ausnahmegewilligung ist aber weder nichtig, noch ist der Fehler unbeachtlich, die Entscheidung kann aber angefochten werden.¹ Erfolgt - unter Berufung auf die unterlassene Anhörung - eine fristgemäße Anfechtung durch den hierzu Berechtigten,² dann muß der Verwaltungsakt (von der höheren Verwaltungsbehörde oder gegebenenfalls vom Verwaltungsgericht) aufgehoben werden, ohne daß nochmals zu prüfen wäre, ob die Entscheidung richtig ist oder nicht.³ Im Widerspruchsverfahren kann die Anhörung nicht mehr mit heilender Wirkung nachgeholt werden.⁴

Damit gilt es nun zu klären, wer eine unterlassene Anhörung mit Erfolg rügen kann.

Einen allgemeinen Rechtssatz dahingehend, daß die Beteiligung einer Behörde oder anderen Institution an dem Verwaltungsverfahren vor einer (anderen) Behörde, jene zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage berechtigt, wenn die vorgesehene Beteiligung unterbleibt, gibt es nicht. Auch aus der Natur von Verwaltungsvorschriften allgemein ergibt sich diese Befugnis nicht. Diese Normen dienen zwar dazu, die Geltendmachung von Rechten und Pflichten in eine bestimmte Ordnung zu bringen, dadurch ihre Durchsetzung in

1) Im Ergebnis ebenso Reuss, Handwerksrecht, Anm. III 3 zu § 8; Steffens, H., a.a.O., Anm. V 2 zu § 8; Eyermann-Fröhler-Hönig 1973, Anm. 43 zu § 9; Siegert-Musielak, Anm. 42 zu § 8

2) Zu beachten bleibt, daß für die höhere Verwaltungsbehörde unabhängig hiervon grundsätzlich (Prinzip des Vertrauensschutzes muß berücksichtigt werden!) die Möglichkeit besteht, von sich aus den Verwaltungsakt zurückzunehmen

3) Vgl. Steffens, H., a.a.O., Anm. V 2 zu § 8

4) Die Kommentare zur Handwerksordnung gehen - soweit sie sich zu diesem Problem überhaupt äußern - davon aus, daß die Anhörung "vor der Entscheidung" zu erfolgen habe (vgl. Steffens, H., a.a.O., Anm. V 2 zu § 8; Reuss, Handwerksrecht, Anm. III 3 zu § 8). Ob damit die Aufgabe der Einheitlichkeit des Vorverfahrens (§ 79 Z. 1 VwGO) ausgedrückt werden soll, bleibt allerdings unklar.

angemessener Zeit und mit richtigem Ergebnis zu gewährleisten und damit die Verwirklichung des materiellen Rechts zu ermöglichen,¹ dies schließt jedoch im Einzelfall nicht aus, daß eine Verfahrensvorschrift nicht den Interessen eines jeden Betroffenen dient, und ihm daher auch keine Verfahrensrechte einräumt. Dies bedeutet, daß auch hier wie beim materiellen Recht, der Verpflichtung einer Behörde ein korrespondierendes Recht des Betroffenen fehlen mag. Nach herrschender Rechtsprechung und Lehre ist allein entscheidend, ob die Mitwirkung (zumindest auch) im Interesse des vom Verwaltungsakt Betroffenen geschaffen worden ist oder nicht.² Auf den Verfahrensfehler berufen kann sich also nur derjenige, dessen Interessen die verletzte Vorschrift zu dienen bestimmt ist; nur ihm gegenüber leidet der Verwaltungsakt an einem Mangel.³

Die Mitwirkung der Berufsvereinigung geschieht, wie oben bereits ausgeführt wurde, lediglich im Interesse des Antragstellers. Deshalb darf das Unterlassen dieser Anhörung nicht zu Ungunsten des Antragstellers gewertet werden.⁴ Berufsvereinigung⁵ und Handwerkskammer⁶ können die unterlassene Anhörung daher nicht mit Erfolg rügen. Der Antragsteller ist bei Erteilung der Ausnahmegewilligung durch die (rechtswidrig) unterlassene Anhörung der Berufsvereinigung nicht beschwert, ihm wurde gewährt was er beantragte⁷; lediglich für den Fall der Versagung der Ausnahmegewilligung kann er sich auf diesen Verfahrens-

1) So BVerwG v. 6.12.67 BVerwGE 28,268(270)

2) Vgl. BVerwG v. 6.12.67 BVerwGE 28,268(270)

3) Vgl. Wolff-Bachof, § 51 IV e 3, S. 435 unter Hinweis auf BVerfGE 28,268

4) So schon Eyermann-Fröhler, Anm. I 4 b zu § 8 unter Hinweis auf Kurzbericht über die Sitzung des Arbeitskreises "Handwerksordnung" des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates v. 31.3.53, BR Ds. Nr. 151/53. Ebenso - unter Hinweis auf Eyermann-Fröhler - Steffens, H., a.a.O., Anm. V 2 zu § 8

5) Die entgegenstehende Auffassung von Steffens, H., a.a.O., Anm. V 2 zu § 8, ist wegen Gesetzesänderung als überholt anzusehen

6) H.M. im handwerksrechtlichen Schrifttum, vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 43 zu § 8; Steffens, H., a.a.O., Anm. V 2 zu § 8

7) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 92 zu § 42

fehler berufen und die Aufhebung des Verwaltungsaktes verlangen.¹

Die Mitwirkung der Handwerkskammer wurde im öffentlichen Interesse und im Interesse des Handwerks vorgeschrieben; zum Schutze der Interessen des Antragstellers dient diese Mitwirkung also auch dann nicht, wenn die Kammer zugunsten des Bewerbers bei der höheren Verwaltungsbehörde oder beim Verwaltungsgericht Widerspruch einreicht bzw. Klage erhebt.² Die Verfahrensbeteiligung (im Interesse des Handwerks) und die Einräumung der Klagebefugnis (§ 8 Abs. 4 HO) deuten darauf hin, daß die Handwerkskammer die Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde mit dem Ziele der Aufhebung allein mit der Begründung anfechten können soll, ihr sei keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden;³ ob die Ausnahmegewilligung erteilt oder verweigert wurde, spielt also keine Rolle. Berufsvereinigung und Antragsteller können sowohl bei Erteilung wie Versagung der Ausnahmegewilligung die unterlassene Anhörung der Handwerkskammer nicht mit Erfolg rügen, da sie - wie soeben ausgeführt - nicht in deren Interesse angeordnet wurde⁴; zudem besteht für den Bewerber bei Erteilung der Ausnahmegewilligung kein Rechtsschutzbedürfnis.⁵

- 1) Damit ist ihm - soweit die Verwaltungsbehörde dadurch ihre Meinung nicht ändert - aber nicht gedient, da er hierdurch die gewünschte Ausnahmegewilligung nicht erlangt. Dem Antragsteller wäre daher von vornherein zu empfehlen, eine sachliche Beurteilung des Verwaltungsaktes anzustreben.
- 2) Immer dient diese Beteiligung nur dazu Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks zu gewährleisten bzw. die Schicht der leistungsfähigen Handwerker zu vergrößern.
- 3) Im Ergebnis ebenso Steffens, H., a.a.O., Anm. V 2 zu § 8; Eyermann-Fröhler-Monig 1973, Anm. 43 zu § 8. Eine Begründung für diese Auffassung wird im handwerksrechtlichen Schrifttum allerdings nicht gegeben.
- 4) Unklar ist die Stellungnahme von Eyermann-Fröhler-Monig 1973 (Anm. 43 zu § 8): "Der Bewilligungsbescheid ist ... im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aufzuheben, gleichgültig, ob der Antragsteller selbst (Hervorhebung durch d. Verf.) oder ob die Handwerkskammer Anfechtungsklage erhebt." Hierzu wäre zu sagen, daß der Antragsteller bei Erteilung der Ausnahmegewilligung (unter Unterlassung der Anhörung der Handwerkskammer) nicht beschwert ist, also kein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Aber auch bei Versagung der Ausnahmegewilligung kann der Bewerber den Verfahrensfehler nicht mit Erfolg rügen, denn die Anhörung soll nicht in seinem Interesse erfolgen. Zudem wäre eine Anfechtungsklage für den Betroffenen nutzlos - es sei denn, die Behörde würde dadurch veranlaßt ihre Auffassung zu ändern -, denn damit erhält er die begehrte Ausnahmegewilligung nicht.
- 5) Vgl. allgemein Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 92 zu § 42

Wird die Widerspruchs- bzw. Klagefrist versäumt, so bleibt der Bescheid trotz der unterlassenen Anhörung rechtswirksam. Werden die Fristen (von dem Widerspruchs- bzw. Klageberechtigten) eingehalten, dann ist die Entscheidung allein wegen unterlassener Anhörung aufzuheben. Es kann und darf also (sowohl von der Widerspruchsbehörde¹ als auch) vom Verwaltungsgericht nicht darüber befunden werden, ob die höhere Verwaltungsbehörde sachlich richtig gehandelt hat oder nicht.^{2,3}

252. Der Rechtsschutz bei Erteilung bzw. Versagung einer
Ausnahmebewilligung

2521. Der Rechtsschutz bei Erteilung einer
Ausnahmebewilligung

Ob die höhere Verwaltungsbehörde in der Sache richtig entschieden hat, unterliegt selbstverständlich sowohl verwaltungsinterner als auch verwaltungsgerichtlicher Kontrolle.

Da eine ausführliche Behandlung dieses Komplexes den Rahmen der Arbeit sprengen würde, soll hier nur auf einige der rechtlichen Probleme eingegangen werden, die sich aus dem Charakter einer Ausnahmebewilligung als "Verwaltungs-

1) Dies ist gemäß § 73 Abs. 1 Z.2 VwGO die höhere Verwaltungsbehörde

2) H.M. in der handwerksrechtlichen Literatur, vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 43 zu § 8; Steffens, H., a.a.O., Anm. V 2 zu § 8 (der allerdings wohl von der Möglichkeit der Heilung im Widerspruchsverfahren ausgeht); Reuss, Handwerksrecht, Anm. III 3 zu § 8; vgl. auch (allgemein) OVG Münster v. 3.2.60 GewA 59/60, 252(253); BVerwG v. 31.8.60 DÖV 61,150(151) a.A. (allgemein) Groschupf, O., a.a.O., DVB1. 62627(627f)

3) Zu dem Problem, welche Fristen bzgl. des Widerspruchs und der Einreichung der Klage zu beachten sind, und zur Frage des vorläufigen Rechtsschutzes, vgl. die Ausführungen auf S. 279 ff

akt mit Drittwirkung"¹ ergeben.² Geklärt werden soll, für wen der Verwaltungsrechtsweg gegen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung eröffnet ist, wer also den Verwaltungsakt mit Widerspruch bzw. Klage erfolgreich angreifen kann, welche Fristen hierbei zu beachten sind, welche Wirkungen Widerspruch bzw. Klage zeitigen und wie vorläufiger Rechtsschutz erlangt wird.

Bei Erteilung einer Ausnahmegewilligung kann der Antragsteller Rechtsbehelfe (Widerspruch, Verpflichtungsklage³) zulässigerweise nur dann einlegen, wenn seinem Antrag nicht voll entsprochen wurde, wenn er also anstelle einer beantragten (Voll-)Ausnahmegewilligung nur eine Teilbegewilligung oder eine mit Nebenbestimmungen versehene Ausnahmegewilligung erhalten hat.

Ob die Handwerkskammer durch die (rechtswidrige) Erteilung einer Ausnahmegewilligung in ihren Rechten oder rechtlich geschützten Interessen verletzt sein kann, wie es § 42 Abs. 2 VwGO als Regelvoraussetzung für die Zulässigkeit

-
- 1) Zu beachten ist, daß die h.M. in der (rechtswidrigen) Erteilung (vgl. aber die Ausführungen auf S. 277 FN 1) bzw. Versagung einer Ausnahmegewilligung keinen echten Verwaltungsakt mit Drittwirkung sieht, da angeblich hierdurch nicht in die Rechtsstellung Dritter (rechtswidrig) eingegriffen wird. (Zur Terminologie vgl. Laubinger, Hans-Werner, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, Göttingen 1967, S. 28ff; Bühren, Gert-Dieter, Der gerichtliche Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte mit drittbelastender Doppelwirkung, Diss. Münster 1973, S. 3ff.) Da diese Auffassung aber bei der (rechtswidrigen) Erteilung in bezug auf die Handwerkskammer zumindest zweifelhaft erscheint, soll diese Bezeichnung - in Anführungszeichen - aufrechterhalten bleiben.
 - 2) Ausführliche Erörterungen zum Problemkreis finden sich bei Laubinger, H.-W., a.a.O. und Bühren, G.-D., a.a.O.
 - 3) Verpflichtungsklage deshalb, weil der Kläger eine Erweiterung seines Rechtskreises anstrebt (vgl. die Ausführungen auf S. 290 FN 1)

einer Klage fordert, kann hier dahingestellt bleiben,¹ denn der Gesetzgeber hat die Zulässigkeit der (Anfechtungs-) Klage der Kammer gegen die Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde in § 8 Abs. 4 HO festgelegt.² Wie bei anderen Ausnahmefällen auch,³ genügt es daher für die

- 1) Nur am Rande sei vermerkt, daß es hier angesichts der Verfahrensbeteiligung und insbesondere der Aufgabenstellung der Handwerkskammer als vertretbar erscheint, in der (rechtswidrigen) Erteilung einer Ausnahmebewilligung die Verletzung eigener rechtlich geschützter Interessen (der Handwerkskammer) zu sehen. (A.A. Wolf., M., a.a.O., S. 53; Henke, Wilhelm, Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968, S. 143 und die h.M.) Angesichts der in Literatur und Rechtsprechung heftig umstrittenen Auffassungen zur Klagebefugnis hat der Gesetzgeber aber wohlgetan, seine Auffassung in § 8 Abs. 3 HO zu normieren.
- 2) Die Klageart betreffend vertrat u.a. das OVG Münster in ständiger Rechtsprechung bis zum Beschluß vom 9.8.66 DVBl. 67,244 = NJW 66,2181 bezüglich des ähnlich gelagerten Falles der Nachbarklage im Baurecht die Auffassung, gegen den belastenden Baubescheid könne nur im Wege einer Verpflichtungsklage vorgegangen werden. Die herrschende Meinung war dem - zu Recht - nicht gefolgt, denn wie das OVG Lüneburg in seiner Entscheidung vom 13.10.58 OVGE 13,492(493) ausführt, geht es dem Nachbarn nicht um die Erweiterung seines Rechtskreises, was die Besonderheit der Verpflichtungsklage sei, sondern um die Abwehr einer Verletzung seines Rechtskreises. (Gegen die frühere Rspr. des OVG Münster: Fromm, Günter, Hat die Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die Bauerlaubnis aufschiebende Wirkung?, BB 62,985(986) (zukünftig zitiert: Fromm, Nachbarklage); S. 1121; Heintze, Reinhard, Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigenden Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung?, DVBl. 62,844(846); Heintze, Reinhard, Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten, NJW 63,1430 (1431); Löffinger, H.-W., a.a.O., S. 111f; Dönne, Helmut, Die Stellung des Gaststätten-Nachbarn im Prozeß, GewA 70, 145(146); Buhrn, G.-D., a.a.O., S. 14ff; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 98 zu § 42, S. 283). Obwohl nun die herrschende Meinung in der (rechtswidrigen) Erteilung einer Ausnahmebewilligung keine Verletzung von rechtlich geschützten Interessen der Handwerkskammer sieht, wird man dennoch dieses Ergebnis übertragen und eine Anfechtungsklage als die richtige Klageart betrachten können, zumal das Ziel des Begehrens der Handwerkskammer nicht der Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts, sondern die Aufhebung des Bescheids ist (vgl. § 42 Abs. 1 VwGO).
- 3) Erinnert sei etwa an die Klagebefugnis des Leiters des Wehrrersatzamtes nach § 35 Abs. 2 Wehrpflichtgesetz gegen den Musterungsbescheid oder gegen den Bescheid über die Berechtigung zur Kriegsdienstverweigerung. (Weitere Beispiele und ausführliche Behandlung der Problematik der Verwaltungsgerichtsbarkeit ohne subjektive öffentliche Rechte bei Henke, W., Das subj. öffentl. Recht, a.a.O., S. 143 ff.)

Zulässigkeit der Klage, daß der Kläger die Rechtswidrigkeit des erlassenen Verwaltungsaktes geltend macht.

(Dementsprechend hängt die Begründetheit der Klage diesbezüglich lediglich davon ab, ob der Akt nach Auffassung des Gerichtes tatsächlich rechtswidrig ist. Eine Verletzung eigener Rechte oder eigener rechtlich geschätzter Interessen braucht nicht gegeben zu sein.)

Einer Berufsvereinigung, z.B. einer Innung, steht der Verwaltungsrechtsweg gegen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht offen. Dies gilt selbst dann, wenn sie im Bewilligungsverfahren vom Antragsteller gemäß § 8 Abs. 3 HO benannt und von der Handwerkskammer gehört wurde. Diese Auffassung läßt sich damit begründen, daß die Mitwirkung der Berufsvereinigung lediglich im Interesse des Bewerbers vorgeschrieben und auch in dessen Belieben gestellt ist.¹ Einen weiteren Hinweis für diese Meinung liefert § 8 Abs. 4 HO. Der Gesetzgeber führt hier nur den Antragsteller und die Handwerkskammer auf. An und für sich wäre damit die Klagebefugnis der Berufsvereinigung nicht ausgeschlossen, im speziellen Fall wird die Aufzählung jedoch als abschließende zu betrachten sein. Es wäre unverständlich, wenn der Gesetzgeber dem Antragsteller, der doch offensichtlich durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt werden kann, den Verwaltungsrechtsweg ausdrücklich eröffnet, während er dies dort, wo es nötig wäre, unterläßt. Hieraus kann nur der Schluß gezogen werden, daß der Verwaltungsrechtsweg lediglich für den Antragsteller und die Handwerkskammer, nicht aber für die Berufsvereinigung gegeben sein soll.²

Bereits zugelassene Handwerker werden durch die (rechtswidrige) Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht in ihren rechtlich geschützten Interessen verletzt. Die zulassungsrechtlichen Vorschriften der Handwerksordnung wurden im öffentlichen Interesse erlassen, lediglich rein tatsächlich kommen sie in ihrer Schutzwirkung auch dem Individual-

1) Vgl. die Ausführungen auf S. 262 f

2) Dieses Ergebnis deckt sich mit der Rechtsprechungspraxis, die bisher fast ausnahmslos ein Klagerecht von Verbänden bei Zulassungsakten verneinte. Ein Überblick über die Rechtsprechung findet sich bei Laubinger, H.-W., a.a.O., S. 79 f

interesse zugute, ohne daß dies der ursprünglichen Zwecksetzung entspricht. Ein Eingriff in solche Rechtsreflexe stellt keine Rechtsverletzung dar.¹ Bereits zugelassenen Handwerkern bleibt der Verwaltungsrechtsweg gegen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung daher verschlossen; unsere Rechtsordnung gewährt ihnen keine dahingehende Rechtsposition.²

Als Ergebnis ist daher festzuhalten: Bei Erteilung einer Ausnahmegewilligung steht der Handwerkskammer der Verwaltungsrechtsweg offen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Ausnahmegewilligung uneingeschränkt erteilt, mit Nebenbestimmungen versehen oder inhaltlich beschränkt wurde. Der Bewerber kann Rechtsbehelfe zulässigerweise nur dann einlegen, wenn seinem Antrag nicht voll entsprochen wurde. Berufsvereinigungen und bereits zugelassenen Handwerkern ist der Verwaltungsrechtsweg verschlossen.

Bezüglich der Zulässigkeit von Widerspruch und Klage haben Handwerkskammer und Bewerber dabei bestimmte Fristen zu beachten, deren Beginn und Dauer nun untersucht werden sollen.³

Keine Probleme wirft die Widerspruchsfrist hinsichtlich der Person des Antragstellers auf. Hier bestimmt die einschlägige Vorschrift, daß der Widerspruch innerhalb eines Monats zu erheben ist, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerkten bekanntgegeben worden ist (§ 70 Abs. 1 VwGO). Keine Schwierigkeiten ergeben sich auch hinsichtlich der Widerspruchsfrist der Handwerkskammer, wenn die Erteilung der Ausnahmegewilligung ihr gegenüber zum gleichen Zeitpunkt

1) Vgl. Eyermann-Frühling, VwGO, 48. Aufl. § 42.

2) Eine Zusammenstellung der Rechtsprechung bzgl. der Rechtsbeeinträchtigung bereits zugelassener Berufs- (Gewerbe-)angehöriger findet sich bei Laubinger, H.-W., a.a.O., S. 73 ff.

3) Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die Darstellung der Widerspruchsfrist, wie sie sich aus der Sicht der Handwerkskammer ergibt. Bezüglich der Widerspruchsfrist des Bewerbers gilt entsprechendes (vgl. §§ 68 Abs. 2, 70 VwGO) ebenso wie für die Klagefristen von Handwerkskammer und Bewerber (vgl. § 74 Abs. 1 bzw. § 74 Abs. 2 VwGO).

bekanntgegeben wird.¹ Einschlägige Vorschrift ist hier gleichfalls § 70 VwGO; Beginn, Dauer und Ende der Frist sind demnach für Handwerkskammer und Antragsteller in diesen Fällen gleich. Rechtliche Probleme treten dagegen auf, wenn die höhere Verwaltungsbehörde den Erlass des Verwaltungsaktes zu verschiedenen Zeitpunkten bekanntgibt, bzw. die Bekanntgabe gegenüber der Handwerkskammer überhaupt unterläßt.²

Zunächst soll letzteres Problem betrachtet werden: Der Wortlaut der Verwaltungsgerichtsordnung, insbesondere die Regelung der Widerspruchsfrist in § 70 VwGO, ergibt keine Lösung.³ § 70 Abs. 1 VwGO ist nicht einschlägig, da voraussetzungsgemäß die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes an die Handwerkskammer unterblieben ist. § 70 Abs. 2 VwGO verweist nun auf § 58 VwGO. Hier wird bestimmt, daß die Frist für ein Rechtsmittel oder einen anderen Rechtsbehelf nur dann zu laufen beginnt, wenn der Beteiligte über den Rechtsbehelf und die näheren Gegebenheiten seiner Einlegung schriftlich belehrt worden ist (§ 58 Abs. 1 VwGO). Ist diese Belehrung jedoch unterblieben oder unrichtig, so ist die Einlegung des Rechtsbehelfs nur innerhalb eines Jahres seit Bekanntgabe zulässig, es sei denn, die Einlegung des Rechtsbehelfs wäre innerhalb dieses Jahres infolge höherer Gewalt unmöglich oder es wäre eine schriftliche Belehrung dahin erfolgt, daß ein Rechtsbehelf nicht gegeben sei (§ 58 Abs. 2 VwGO). Dies trifft das vorliegende Problem aber auch nicht voll, da § 58 Abs. 2 VwGO die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes (an betroffene Dritte) voraussetzt.⁴ Da weiter § 60 VwGO, auf

- 1) Unter Bekanntgabe wird dabei eine willentliche Mitteilung seitens der erlassenden Behörde selbst, nicht aber Kenntniserlangung auf sonstige Weise, insbesondere durch eigene Wahrnehmung oder private Mitteilung seitens des Antragstellers verstanden (vgl. - allgemein - Laubinger, H.-W., a.a.O., S. 107, mit Hinweis auf BVerwG v. 27.3.63 JZ 64, 687(687); Redeker-von Oertzen, Anm. 2 zu § 70)
- 2) Letztere Problemstellung ist identisch mit der Frage nach Beginn, Dauer und Ende der Widerspruchsfrist bei Anfechtung der Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde (Erteilung oder Versagung der Bewilligung) durch die Handwerkskammer wegen unterlassener Anhörung derselbigen.
- 3) So auch Laubinger, H.-W., a.a.O., S. 104
- 4) Vgl. statt vieler Fromm, Günter, Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, VA 56(1965), 26(49); Redeker-von Oertzen, Anm. 2 zu § 70

den in § 70 Abs. 2 VwGO gleichfalls verwiesen wird, nicht einschlägig ist,¹ liegt hier eine sog. Gesetzeslücke vor; der Gesetzgeber hat den zu erörternden Fall gänzlich übersehen.²

Auf den ersten Blick bieten sich für Fristbeginn und -dauer folgende Kriterien an: Die Frist beginnt ab der Bekanntgabe an den Bewerber; sie läuft analog § 70 Abs. 1 VwGO nach einem Monat ab. Die zweite Möglichkeit wäre (analog § 58 Abs. 2 VwGO) gleicher Fristbeginn, Ablauf aber erst nach einem Jahr. Es könnte weiter auf die tatsächliche Kenntniserlangung der Handwerkskammer abgestellt werden, wobei auch hier die Frage der Fristdauer (ein Monat, ein Jahr, Verwirkung?) zu beantworten wäre. Schließlich könnte der Standpunkt vertreten werden, nach dem Wortlaut des § 70 Abs. 1 VwGO komme es für die Frist bezüglich der Handwerkskammer ausschließlich und allein auf die Bekanntgabe an dieselbige an.

Soweit ersichtlich spricht sich in der Literatur niemand für die Monatsfrist ab Bekanntgabe an den Bewerber aus. Nach dem BayVGH greift die Befristung des Widerspruches nicht nur dem gegenüber Platz, dem der Verwaltungsakt bekanntgegeben wurde, sondern der Fristablauf tritt vielmehr nach Maßgabe der §§ 70, 58 VwGO "gegenüber jedermann

-
- 1) § 60 VwGO, der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand regelt, ist deshalb nicht einschlägig, weil er eine versäumte Frist voraussetzt, der Kern des anstehenden Problems aber gerade darin liegt, Beginn und Dauer dieser Frist zu bestimmen
 - 2) So wie hier: Laubinger, H.-W., a.a.O., S. 105 o.A. BVerwG v. 25.1.74 NJW, 1260(1261): "Verwaltungsakte mit Doppelwirkung" ... und 'Nachbarklagen' waren schon lange Zeit vor dem Erlass der VwGO bekannt und in ihrer Zulässigkeit anerkannt Der Gesetzgeber kann dies nicht übersehen haben, als er die VwGO erließ. Vielmehr ist anzunehmen, daß nach seinen Vorstellungen das Instrumentarium der VwGO einschließlich der Fristvorschriften auch für Verwaltungsakte mit Doppelwirkung und deren Anfechtung durch Drittbetroffene zu sachgerechten Ergebnissen führt und deshalb Anwendung findet."

ein, sobald der Verwaltungsakt durch Bekanntgabe an die Adressaten¹ existent geworden ist."² Da eine Belehrung über die Widerspruchsfrist - logischerweise - nicht gegeben worden sei, gelte nicht die Frist des § 70 Abs. 1 VwGO, sondern die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO. Bei Zugrundelegung dieser Auffassung würde die Handwerkskammer ihr Widerspruchsrecht also nach Ablauf eines Jahres seit Bekanntgabe der Ausnahmegewilligung an den Antragsteller verlieren. Literatur und Rechtsprechung haben sich dem jedoch nicht angeschlossen. Die Meinung des BayVGh überzeugt auch nicht. Wortlaut und Sinn des § 58 Abs. 2 VwGO setzen eine (Form der) Bekanntmachung voraus; eine Bekanntmachung an irgendeinen Betroffenen kann aber nicht genügen, sondern nur an jeweils denjenigen, der durch den Verwaltungsakt (nur oder auch) beschwert wird.³ Dies wird bestätigt durch § 70 Abs. 1 VwGO, der eindeutig bestimmt, der Widerspruch sei innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerten bekanntgegeben worden ist, zu erheben. Die Auffassung, der Fristablauf beginne gegenüber allen Betroffenen gleichzeitig und zwar sobald der Verwaltungsakt dem Adressaten bekanntgegeben worden sei, ist damit widerlegt.⁴

- 1) Es ist zu unterscheiden zwischen dem (den) Adressaten, dem (den) Betroffenen und dem (den) Beteiligten. Unter dem Adressaten wird üblicherweise die Person verstanden; an die ein Verwaltungsakt gerichtet ist. Dies kann je nach Lage des Falles eine einzelne Person oder eine Personenmehrheit sein.
- 2) BayVGh v. 17.7.64 DVBl. 65,93(93) = BayVBl. 64,265(nur IS); die Entscheidung ist ergangen zur Kündigungsschutzverordnung v. 15.12.44 (RGBl. I S. 347). Bedenken der Übertragung auf die hier anstehende Problematik bestehen nicht.
- 3) Vgl. BVerwG v. 14.6.68 DVBl. 69,268(269) = DÖV 68,846; BVerwG v. 14.2.69 DVBl. 69,362(363); v. 20.10.72 BayVBl. 73,385(386); v. 25.1.74 NJW 74,1260(1261) = DÖV 74,385; Laubinger, H.-W., a.a.O., S. 10 ff
- 4) Zumal es ganz ungewöhnlich wäre, wenn jemand deshalb einen materiellen Rechtsverlust hinnehmen müßte, weil einem anderen gegenüber eine Ausschlussfrist läuft, von der der Beschwerte überhaupt keine Kenntnis erhalten hat (so Mang, Befristung des Widerspruchs nach § 58 Abs. 2 VwGO, BayVBl. 64,396(397))

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 25.1.74 NJW 74,1260 auf dem Gebiete des Baurechts sowohl die unmittelbare als auch die analoge Anwendung der §§ 70 und 58 Abs. 2 VwGO für die Fälle verneint, bei denen dem Beschwerzten die Genehmigung nicht amtlich bekanntgegeben worden ist. Dieses Urteil stellt - soweit ersichtlich - im Ergebnis die herrschende Meinung dar.¹ Damit wird grundsätzlich (auch) die anderweitige Kenntniserlangung als nicht für den Beginn der Widerspruchsfrist entscheidend, betrachtet. Das BVerwG begründet dies in der erwähnten Entscheidung mit dem Argument der Rechtssicherheit und -klarheit: Erst die amtliche Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes gebe dem Betroffenen Klarheit über den Inhalt und Anlaß zur - je nach der mit der Bekanntgabe verbundenen Rechtsmittelbelehrung - fristgebundenen Einlegung eines Rechtsbehelfes. Der Zeitpunkt der amtlichen Bekanntgabe und damit der Beginn der Frist seien in aller Regel einfach festzustellen, während die anderweitig erlangte Kenntnis und ihr Zeitpunkt oft umstritten und schwer festzustellen sind. Schon deshalb könne nach dem System des geltenden Verfahrensrechts nicht die anderweitig erlangte Kenntnis von dem Verwaltungsakt als ein Merkmal anerkannt werden, das die Fristen in entsprechender Anwendung der §§ 57, 58 und 70 VwGO in Lauf setzen könnte.²

Diese Auffassung verdient einerseits Zustimmung, sei es aus den angeführten rechtsstaatlichen Argumenten, sei es aus der formalen Übereinstimmung mit der VwGO; auf der anderen Seite sind jedoch die Interessen des Adressaten nicht weniger berücksichtigungswert.³ Nach der wohl herr-

1) Vgl. Laubinger, H.-W., a.a.O., S. 106; Mang, a.a.O., BayVBl. 64,396(397f); Redeker-von Oertzen, Anm. 2 zu § 70; Wolff-Bachof, § 47 VI c, S. 395; Kopp, VwGO, Anm. 3 zu § 70, Anm. 5 zu § 57; BVerwG v. 14.6.68 DÖV 68,846 = DVBl. 69,268

2) So BVerwG v. 25.1.74 NJW 74,1260(1261) = DÖV 74,385(385)

3) Dies wird von Eyermann-Fröhler (VwGO, Anm. 7 zu § 70) verkannt, wenn sie lediglich ausführen, daß bei mangelnder Bekanntgabe des Verwaltungsaktes an den beschwerten Dritten weder die Monatsfrist, noch die Jahresfrist, zu laufen beginne

schenden Meinung kann sich bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung der Adressat während der Widerspruchsfrist nicht auf Vertrauensschutz berufen.¹ Damit hinge ständig ein Damoklesschwert über ihm. Das Widerspruchsrecht des Dritten kann daher aus Gründen der Rechtssicherheit, zum Wohle des Rechtsfriedens, zeitlich nicht unbeschränkt bestehen. Es existiert ein schutzwürdiges Vertrauen der Gegenpartei auf das Untätigbleiben des Berechtigten, wie auch ein öffentliches Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens.² Diesen berechtigten Interessen gerecht wird eine Beschränkung der Widerspruchsfrist unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben. Nach diesem Prinzip können u.a. Rechte verwirkt werden.³ Zeitablauf allein führt jedoch noch nicht zur Verwirkung. Hinzu kommen muß vielmehr, daß der Berechtigte unter Verhältnissen untätig bleibt, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt.⁴

Damit ist grundsätzlich der Weg vorbereitet, der beschritten werden kann, um das anstehende Problem für den Bereich der handwerklichen Ausnahmegewilligung zu lösen: Ausgangspunkt der Betrachtung ist die allgemeine Überlegung, daß die Berufung des Betroffenen darauf, ihm sei der Verwaltungsakt nicht amtlich bekanntgegeben worden, nach gewisser Zeit gegen Treu und Glauben verstoßen kann. Die Ausnahmegewilligung als solche, nützt ihrem Inhaber grundsätzlich nichts, sie bedarf der "Verwertung", der Gebrauchmachung. Diese Gebrauchmachung wiederum kann in der Regel nur mit Kenntnis der Handwerkskammer erfolgen, sei es, daß der "Berechtigte" Anspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle erhebt, sei es, daß über seine Ausnahmegewilligung eine andere Person - nach § 7 Abs. 4, 5 HO - in die Rolle aufgenommen werden soll. Der Gesichtspunkt von Treu und Glauben verlangt nun - wie das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der bau-

1) Vgl. Hauelsen, Fritz, Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 64, 2037 (2040)

2) So BVerfG v. 26.1.72 NJW 72, 675 (676) = BVerfGE 32, 305 (309)

3) BVerfGE 32, 305 (308f) bezeichnet diese Rechtsauffassung (unter Hinweis auf RGZ 158, 100 (107)) als herrschende Lehre

4) So BVerfGE 32, 305 (308f)

rechtlichen Nachbarklage anerkannt hat¹ - von der Handwerkskammer, sich so behandeln zu lassen, als sei ihr die Erteilung der Ausnahmegewilligung im Zeitpunkt der zuverlässigen Kenntniserlangung amtlich bekanntgegeben worden. Berücksichtigt man hier noch den Charakter des Anfechtungsberechtigten, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, so erscheint diese Rechtsauffassung nicht unbillig. Wegen § 58 Abs. 2 VwGO liegt es daher nahe, die Zulässigkeit des Widerspruchs mit Ablauf der Jahresfrist, gerechnet von Zeitpunkt der zuverlässigen Kenntniserlangung, zu beenden.²

Wurde soeben die Frage der Fristen für den Fall beantwortet, bei dem die höhere Verwaltungsbehörde der Handwerkskammer die Erteilung der Ausnahmegewilligung nicht bekanntgegeben hat, so bleibt noch die Frage offen, wie die Rechtslage ist, wenn die Verwaltungsbehörde dem Antragsteller und der Handwerkskammer den Erlaß des Verwaltungsaktes zu verschiedenen Zeitpunkten bekanntgibt. Die schlichte Antwort kann hier nur lauten: Es gelten die jeweiligen Fristen der Verwaltungsgerichtsordnung.³

Damit gilt es lediglich noch die Rechtswirkungen von Widerspruch und (Anfechtungs-)Klage und speziell die Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes zu behandeln.⁴ Hierbei geht es um ein Rechtsgebiet, welches im Handwerksrecht - im Unterschied etwa zum Baurecht und Gaststättenrecht - sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung praktisch kaum Beachtung findet, obwohl doch der vorläufige Rechtsschutz hier gleichfalls von nicht geringer Bedeutung ist.

- 1) Bedenken gegen die Übertragung auf das anstehende Problem bestehen nicht
- 2) Damit ist ein durch "tatsächliche Vorgänge in Gang gesetzter Fristablauf" anerkannt. (Vgl. zum Problem auch BVerwG v. 20.10.72 BayVBl. 73, 385 (386))
- 3) Ebenso Hauelsen, F., a.a.O., NJW 64, 2037 (2039)
- 4) Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Betrachtung der Rechtswirkungen von Widerspruch und (Anfechtungs-)Klage seitens der Handwerkskammer, da der Antragsteller bei Erteilung einer inhaltlich beschränkten oder mit einer Nebenbestimmung versehenen Ausnahmegewilligung zur Erlangung einer unbeschränkten Ausnahmegewilligung Verpflichtungsklage erheben muß, und diese keinen Suspensiveffekt kennt. (Letzterer Sachverhalt gleicht in der Problematik den Fällen der Versagung einer Ausnahmegewilligung. Zur Frage des vorläufigen Rechtsschutzes vgl. daher die Ausführungen auf S. 291)

Gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO hat die Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung.¹ Prima facie scheinen daher auch die Rechtswirkungen einer Klage gegen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung klar zu sein. Ein Blick auf Rechtsprechung und Literatur anderer verwaltungsrechtlicher Gebiete zeigt jedoch ein äußerst farbiges Bild, insbesondere wenn man - wie es hier notwendig ist - die Verwaltungsakte mit Drittwirkung in die Betrachtung einbezieht.² So wird einerseits die Meinung vertreten, die erhobene Anfechtungsklage entfalte überhaupt keinen Suspensiveffekt, d.h. § 80 VwGO sei auf Verwaltungsakte letzterer Art von vornherein nicht anwendbar.³ Nach Auffassung anderer kommt der Klage zwar aufschiebende Wirkung zu, jedoch hemme diese nur den Eintritt der Belastung, nicht aber auch den der Begünstigung.⁴ Nach einer dritten Ansicht hat die Anfechtungsklage auch bei diesen Verwaltungsakten aufschiebende Wirkung, und zwar sowohl gegenüber dem Belasteten wie auch gegenüber dem Begünstigten.⁵

-
- 1) Die folgende Betrachtung gilt gleichermaßen für Widerspruch und Anfechtungsklage
 - 2) Das anstehende Problem wurde in der früheren ständigen Rechtsprechung des OVG Münster dadurch umgangen, daß das Gericht - unzutreffenderweise (vgl. S. 277 FN 2) - von einer Verpflichtungsklage ausging, bei der es keinen Suspensiveffekt gibt. Konsequenterweise konnte dann vorläufiger Rechtsschutz (nur) über § 123 VwGO erzielt werden.
 - 3) Vgl. Fromm, Nachbarklage, BB 62,985(986); Bernhardt, Rudolf, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 63, 302(308); Wieseler, Willi, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, Berlin 1967, S. 238; Donne, H., a.a.O., GewA 70,145(150); Bühren, G.-D., a.a.O., S. 142 m.w.N.
 - 4) Vgl. - allgemein - OVG Koblenz v. 18.10.53 OVGE 1,400 (400). Diese Auffassung muß aus der weiteren Betrachtung ausgeschlossen werden, da sie unhaltbar ist, da "Belastung" und Begünstigung im Falle der Ausnahmegewilligung in der Regel untrennbar miteinander verknüpft sind. (Kritisch zu dieser Auffassung - allgemein - De Clerck, Hans, Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, DÖV 64,152(153))
 - 5) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 11 zu § 80; Laubinger, H.-J., a.a.O., S. 123 ff m.w.N.

Mit dem Bundesverwaltungsgericht wird hier davon ausgegangen, daß § 80 VwGO auch auf Verwaltungsakte mit Drittwirkung Anwendung findet¹: Verwaltungsakte dieser Art waren schon lange Zeit vor dem Erlaß der Verwaltungsgerichtsordnung bekannt und in ihrer Zulässigkeit anerkannt, so daß der Gesetzgeber dies nicht übersehen haben kann, als er dieses Gesetz erließ.² Daher kann angenommen werden, daß er die Vorstellung hatte, das Instrumentarium der Verwaltungsgerichtsordnung führe einschließlich der Anfechtung von Verwaltungsakten mit Drittwirkung zu sachgerechten Ergebnissen und § 80 VwGO finde deshalb Anwendung. Damit kommt die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage zum Zuge. Da bei der Ausnahmegewilligung in der Regel "Belastung" (der Handwerkskammer) und Begünstigung (des Antragstellers) untrennbar miteinander verbunden sind, die Auffassung von einer Hemmung lediglich der Belastung also nicht vertretbar ist, bliebe nur mehr der umstrittene Inhalt des Suspensiveffektes zu klären. Indes kann hier offen bleiben, ob im Rahmen des § 80 VwGO der "Vollziehbarkeitstheorie", der "Wirksamkeitstheorie" oder der vermittelnden sog. "Als-ob-Theorie" der Vorrang zu geben ist,³ denn bei einer Ausnahmegewilligung handelt es sich in der Regel um einen der Vollziehung fähigen Verwaltungsakt.⁴ Die Handwerkskammer kann notfalls im Wege gericht-

- 1) Vgl. BVerwG v. 25.1.74 NJW 74,1260(1261). Eine ausführliche Erörterung des Problems würde den Rahmen der Arbeit sprengen. (Zur Auffassung § 80 VwGO sei aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 3, Art. 19 Abs. 4 GG) auf Verwaltungsakte mit Drittwirkung nicht anwendbar, vgl. Bühren, G.-D., a.a.O., S. 117ff)
- 2) Hierfür spricht auch die Ausgestaltung des § 80 Abs. 2 Z. 4 VwGO. Zudem wurden auch im Rahmen des Widerspruchsverfahrens Drittwirkungsfälle vom Gesetzgeber berücksichtigt.
- 3) Vgl. zu den Theorien (von denen die sog. Vollziehbarkeitstheorie von Eyermann-Fröhler (VwGO, Anm. 4 zu § 80) als herrschend bezeichnet wird): Quaritsch, Helmut, Die einstwillige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VA 51(1960), 210; Jung, Hans, Die Vollzugsfähigkeit behördlicher Erlaubnisse, NJW 61,159; Kopp, Ferdinand, Rechtliche Bedeutung und Tragweite der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage, BayVBl. 72,649 ff; Wieseler, W., a.a.O., S. 77 ff; Laubinger, H.-W., a.a.O., S. 123 ff; Bühren, G.-D., a.a.O., S. 107 ff n.w.N.
- 4) Vgl. OVG Lüneburg v. 27.6.63 GewA 63,276(277). Soweit ersichtlich handelt es sich bei dieser Entscheidung um das einzige einschlägige Urteil im Bereich des Handwerksrechts.

licher Entscheidung angehalten werden, einer Vollzugsanordnung der höheren Verwaltungsbehörde durch bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache befristeten Eintragung des Antragstellers in die Handwerksrolle nachzukommen, denn die Kammer ist bis zu einer etwaigen Aufhebung der Vollzugsanordnung nach § 8 Abs. 3 i.V.m. § 7 Abs. 3 HO und § 80 Abs. 2 Z. 4 VwGO an die Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde gebunden.¹

Widerspruch und Anfechtungsklage seitens der Handwerkskammer gegen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung haben somit aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO,² wobei diese Hemmung der Vollziehung - wie üblich - automatisch eintritt.³ Nur bei Anordnung der sofortigen Vollziehung entfällt die aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO). Mit Siegert-Musielak ist jedoch im allgemeinen von der Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Ausnahmegewilligung abzusehen, da die öffentlich-rechtlichen Interessen an der Erhaltung der Leistungsfähigkeit und des Leistungsstandes des Handwerks eine endgültige Klärung der Frage

-
- 1) So OVG Lüneburg v. 27.6.63 GewA 63,276(277)
 - 2) Im Ergebnis wie hier Siegert-Musielak, Anm. 45 zu § 8, die - allerdings ohne es näher zu begründen - dem Suspensiveffekt eine Wirksamkeitshemmung zuschreiben.
 - 3) Auf die verfahrenstechnischen Einwendungen von Fromm (Nachbarklage, BB 62,985(986)) und auch Wieseler (a.a.O., S. 237) gegen den automatischen Suspensiveffekt braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, denn Widerspruch und Anfechtungsklage richten sich zwar gegen die höhere Verwaltungsbehörde (Klagegegner), aber regelmäßig - im Unterschied etwa zum Baurecht - gleichzeitig, also automatisch auch gegen den Bewerber, weil letzterer ein Handwerk erst nach erfolgter Eintragung in die Handwerksrolle selbständig ausüben darf, während im Baurecht die formalen Bedenken von Fromm zumindest für eine gewisse Zeitspanne nicht von der Hand zu weisen sind. (Zur Auffassung von Fromm vgl. aber auch die Meinungen von De Clerck, H., a.a.O., DÖV 64,152(153), "Erforderlich und genügend ist nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen die Möglichkeit der Kenntnisnahme von der Einlegung des Rechtsbehelfs" und Siegmund-Schultze, Gerhard; Die Bedeutung des Suspensiveffektes bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, DVBl. 63,745(753), der den Eintritt der aufschiebenden Wirkung bezüglich des Begünstigten von der Bekanntgabe der Anfechtung abhängig macht.)

notwendig machen, ob ein Bewerber die gesetzlichen Anforderungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung erfüllt und diese öffentlich-rechtlichen Interessen grundsätzlich den Vorrang gegenüber den wirtschaftlichen Interessen des Antragstellers an der sofortigen Vollziehung beanspruchen können.¹ Eine andere Beurteilung, also ein Vorrang der wirtschaftlichen Interessen, dürfte nur in seltenen Ausnahmefällen geboten sein.² Im übrigen kann den Interessen aller Beteiligten bei der Anfechtungsklage nur im Rahmen der in § 80 VwGO vorgesehenen Maßnahmen Rechnung getragen werden; der Erlass einer einstweiligen Anordnung zugunsten des zukünftigen Gewerbetreibenden (nach § 123 VwGO) ist wegen § 123 Abs. 5 VwGO ausgeschlossen.³

-
- 1) So Siegert-Musielak, Anm. 45 zu § 8. Zum erwähnten grundsätzlichen Vorrang der öffentlich-rechtlichen Interessen vgl. auch OVG Lüneburg v. 27.6.63 GewA 63, 276(278)
 - 2) Ein solcher Ausnahmefall soll nach der Auffassung des OVG Lüneburg, a.a.O., GewA 63, 276(278), etwa dann gegeben sein, wenn neben der (angefochtenen) Ausnahmegewilligung auch die Handwerkseigenschaft des Unternehmens unstritten ist.
 - 3) Zur Frage, ob eine Rechtspflicht der Behörde bzw. ein Anspruch des Bewerbers auf Anordnung der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes bei Vorliegen bestimmter Umstände besteht, vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 26,38 a zu § 80 m.w.N.. Im übrigen soll hier nochmals darauf hingewiesen werden, daß alle diese Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes insbesondere bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung lebhaft umstritten sind. Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auffassungen konnte indessen hier aus naheliegenden Gründen nicht erfolgen.

2522. Der Rechtsschutz bei Versagung einer Ausnahmebewilligung

Lehnt die höhere Verwaltungsbehörde die Erteilung einer Ausnahmebewilligung ab, so kann der Antragsteller hiergegen mit Widerspruch vorgehen und dann Verpflichtungsklage erheben.¹ Auch die Handwerkskammer kann - wie sich eindeutig aus § 8 Abs. 4 HO ergibt - gegen die höhere Verwaltungsbehörde auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung zugunsten des Antragstellers klagen.² Dies gilt für den Fall, daß die Erteilung einer unbeschränkten Bewilligung abgelehnt, und auch für den Fall, daß nur eine beschränkte Ausnahmebewilligung erteilt wurde. Rechtlich geschützte Interessen einer Berufsvereinigung werden durch die (rechtswidrige) Versagung einer Ausnahmebewilligung nicht verletzt, eine Klagebefugnis besteht daher nicht.

Obwohl die Entscheidungen über "Ob" und "Wie" der Erteilung dieser Gestattung Rechtsentscheidungen und keine Ermessensentscheidungen darstellen,³ kann je nach den Umständen des

-
- 1) Der Versagung einer Ausnahmebewilligung steht die Erteilung einer beschränkten Ausnahmebewilligung gleich. Da in allen diesen Fällen eine Erweiterung der Rechtsposition angestrebt wird, kommt als Klageart nur die Verpflichtungsklage in Frage. Bedenken könnten sich allenfalls bei den Auflagen, als selbständigen Verwaltungsakten, ergeben. Indessen wird man auch hier eine Anfechtungsklage nicht als zutreffende Klageart ansehen können: Unter Hinzuziehung des Bildes von der Schranke, die sich öffnet, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, wird man hier zu argumentieren haben, daß bei Erteilung eines Verwaltungsaktes unter Auflagen die Schranke sich nicht vollständig öffnete und nun eine weitergehende Öffnung angestrebt wird. Inhaltlich stellt sich die Klage daher - wie bei den anderen Nebenbestimmungen und der inhaltlichen Beschränkung auch - als Verpflichtungsklage dar. (Im Ergebnis ebenso Redeker-von Oertzen, Anm. 2 zu § 113)
 - 2) Nur am Rande sei vermerkt, daß es bei (rechtswidriger) Versagung einer Ausnahmebewilligung - im Unterschied zur (rechtswidrigen) Erteilung - schwerlich gelingen dürfte, hier eine Verletzung von rechtlich geschützten Interessen der Handwerkskammer zu konstruieren.
 - 3) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 237 ff

Einzelfalles die notwendige Spruchreife fehlen,¹ so daß der Prozeß neben Verpflichtungsurteil (§ 113 Abs. 4 S. 1 VwGO) auch mit Bescheidungsurteil (§ 113 Abs. 3 S. 2 VwGO) enden kann.

Im Wege einer einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO) kann weder von der Handwerkskammer noch vom Antragsteller eine vorläufige Ausnahmegewilligung erlangt werden.² Hier greift der Grundsatz durch, daß eine einstweilige Anordnung die Entscheidung des Hauptsacheverfahrens nicht vorwegnehmen darf.³

3. Die Übergangsbestimmung des § 119 HO

31. Die Tatbestandsvoraussetzungen

311. Die selbständige Handwerksausübung

Der Grundgedanke des § 1 Abs. 2 GewO, daß die Gewerbeberechtigung eines Gewerbetreibenden durch ein neu in Kraft tretendes Gesetz nicht beeinträchtigt werden darf, also der allgemeine Grundsatz der Aufrechterhaltung des (gewerbe-) rechtlichen Besitzstandes, findet sich in speziell handwerksrechtlicher Ausprägung auch in der Handwerksordnung: Nach § 119 Abs. 1 HO (= § 112 Abs. 1 HO 1953) bleibt die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes vorhandene Berechtigung eines Gewerbetreibenden, ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbständig zu betreiben, bestehen. Dies gilt nach Absatz 3 dieser Vorschrift, der durch die Novelle vom 9.9.1965 den beiden bisherigen Absätzen hinzugefügt wurde, für Gewerbe,

-
- 1) Zur Herbeiführung der Spruchreife ist das Gericht gemäß § 86 VwGO zwar grundsätzlich verpflichtet, jedoch besteht keine grenzenlose Aufklärungspflicht (vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 61ff zu § 113). Mangelnde Spruchreife wird etwa anzunehmen sein, wenn die höhere Verwaltungsbehörde die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ablehnte, weil sie einen Ausnahmefall nicht für gegeben hielt (und deshalb die restlichen Voraussetzungen nicht mehr prüfte). Hier wird man das Gericht nicht für verpflichtet halten, Spruchreife herbeiführen zu müssen (vgl. - allgemein - Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 62 a zu § 113)
 - 2) Vgl. VG Koblenz v. 16.5.67 GewA 67,252 bzgl. des Antragstellers
 - 3) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 8,12 zu § 123. Angemerkt werden muß, daß diese (herrschende) Auffassung bei anderen gewerberechtlichen Erlaubnissen nicht unbestritten ist. (Vgl. hierzu Wieseler, W., a.a.O., S. 184 ff; Redeker-von Oertzen, Anm. 13 zu § 123)

die in die Anlage A zu diesem Gesetz aufgenommen werden, entsprechend. Absatz 4 regelt das Problem, in welchem Umfang die Privilegierung erfolgt, wenn Handwerke zusammengefaßt werden; danach ist der selbständige Handwerker, der eines der zusammengefaßten Handwerke betreibt, mit dem durch die Zusammenfassung entstandenen Handwerk in die Handwerksrolle einzutragen.

Klärungsbedürftig erscheint nun zunächst der Kreis der Berechtigten. Hierbei ist die spezielle Fragestellung in diesem Abschnitt auf das Problem gerichtet, wer Gewerbetreibender im Sinne des § 119 HO ist.

Auszugehen ist dabei von der am jeweilig maßgeblichen Stichtag gegebenen Rechtslage.¹

Vor dem Stichtag des Jahres 1953 konnten in der französischen und britischen Zone² nur natürliche und juristische Personen in die Handwerksrolle eingetragen werden. Eine Mehrheit von natürlichen Personen (z.B. BGB-Gesellschaft, oHG, KG, Erbgemeinschaft) war als solche nicht eintragungsfähig (und damit auch nicht erlaubnisfähig). Hier mußten sämtliche Mitglieder den Voraussetzungen der Eintragung genügen. Damit kommen als Gewerbetreibende im Sinne des § 119 HO zunächst grundsätzlich nur natürliche und juristische Personen in Frage. Für die natürlichen Personen, soweit sie für sich allein tätig waren, gilt die Begriffsbestimmung, wie sie oben für den selbständigen Gewerbetreibenden gegeben wurde. Für die Mehrheit von natürlichen Personen gilt - da sie ausnahmslos alle die Voraussetzungen der Eintragung erbringen mußten, also auch diejenigen Mitglieder, die z.B. nur für die kaufmännische Seite zuständig waren -, daß alle Mitglieder (z.B. Komplementäre und Kommanditisten bei der KG, alle Gesellschafter der oHG, alle Mitglieder der Erbgemeinschaft) als Gewerbetreibende aufzufassen sind. Ihnen

1) Zur Frage des maßgeblichen Stichtages vgl. die Ausführungen auf S. 305 ff

2) Näheres auf S. 296 ff

allen kommt daher auch die Privilegierung des § 119 HO zugute. Die juristischen Personen (z.B. GmbH, AG, KG aA.) sind als solche Gewerbetreibende im gewerberechtlichen Sinn. An und für sich kämen sie daher ebenso für die Privilegierung des § 119 HO in Frage. Aus mehreren Gründen wird nun aber die Anwendung dieses Paragraphen auf juristische Personen als solche - zu Recht - abgelehnt:¹ Das Grundanliegen der Handwerksordnung geht dahin, daß grundsätzlich jeder Handwerksbetrieb von einer entsprechend qualifizierten Person geleitet werden soll. Die Übergangsregelung des § 119 HO stellt nun zwar eine Ausnahme von diesem Grundsatz dar, könnte demnach also auch für die juristische Person gelten, aber dies würde doch wohl eine zu starke Beeinträchtigung des Grundanliegens der Handwerksordnung bedeuten, zumal wenn man sich vor Augen hält, daß eine juristische Person theoretisch jahrhundertlang bestehen kann und damit, wenn sie nach § 119 HO privilegiert würde, für den gleichen Zeitraum ohne einen fachlich qualifizierten Handwerker ein Handwerk betreiben könnte. Zusätzlich muß hier in Erwägung gezogen werden, daß in den vor der HO 1953 geltenden Bestimmungen Regelungen über die Eintragung juristischer Personen getroffen worden waren. So konnte eine juristische Person dann in die Handwerksrolle eingetragen werden, wenn sie einen Betriebsleiter beschäftigte, der die Voraussetzungen der Eintragung erfüllte. Durch dieses Betriebsleiterprinzip wurde ein gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der Besitzstandswahrung beim Inkrafttreten neuer gewerblicher Einschränkungen und dem erwähnten Grundsatz der Handwerksordnung geschaffen. Privilegiert wird damit nicht die juristische Person unmittelbar, sondern der bei ihr beschäftigte Betriebsleiter,² und damit also ein Nicht-Gewerbetreibender im gewerbe- und handelsrechtlichen Sinn. Scheidet der (privilegierte)

-
- 1) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 8 zu § 119; Honig, Gerhart, § 119 HwO und Gesellschaften, GewA 72, 261(261) (zukünftig zitiert: Honig, Gesellschaften) a.A. Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 1 zu § 119
- 2) Zu den Kriterien eines Betriebsleiters vgl. die Ausführungen auf S. 316 ff

Betriebsleiter aus, so gilt nichts anderes als bei einer normal eingetragenen juristischen Person, deren Betriebsleiter ausgeschieden ist, die juristische Person ist in der Handwerksrolle zu löschen.

Damit steht fest, daß es für juristische Personen und für eine Mehrheit von natürlichen Personen als solche in den Gebieten der ehemaligen britischen und französischen Zone für den Stichtag im Jahre 1953 keine Eintragung direkt nach § 119 HO gibt; die Berechtigung nach diesem Paragraphen stellt sich als eine auf natürliche Personen bezogene Privilegierung dar.

In der amerikanischen Zone¹ herrschte auf dem Gebiet des Handwerks nahezu unbeschränkte Gewerbefreiheit. Damit war praktisch "jedermann" zum Betreiben eines Handwerks - ohne Erlaubnis - berechtigt, und es stellt sich das Problem, wer in diesem Gebiet die Privilegierung des § 119 HO beanspruchen kann. Für die einzelne natürliche Person ist dies unproblematisch; hier gelten die Ausführungen über den selbständigen Gewerbetreibenden. Eine Personenmehrheit als solche betreibt kein Gewerbe im gewerberechtlichen Sinn, sondern nur die jeweiligen Mitglieder; jene kann daher nicht die Privilegierung des § 119 HO beanspruchen. Zu bedenken wäre hier, daß bei dem entgegengesetzten Ergebnis z.B. eine Gesellschaft in ihrer Form zementiert wäre, da streng genommen jeder Eintritt oder Austritt von Gesellschaftern die Existenz der ursprünglichen Personengesellschaft beendet, so daß damit auch deren Übergangsberechtigung erlöschen würde.² Damit stellt sich die Frage, wer von den Mitgliedern der Personenmehrheit privilegiert wird. Unter Berücksichtigung des Anliegens des § 119 HO, nämlich einen tatsächlichen Besitzstand zu wahren und dem Interesse der Handwerksordnung, einen Gewerbebetrieb nur dann zuzulassen, wenn er von einem qualifizierten Handwerker geführt wird, erscheint es gerechtfertigt, lediglich diejenigen als privilegiert aufzufassen, die auch tatsächlich (praktisch) ein

1) Näheres auf S. 299 ff

2) So Honig, Gesellschaften, GewA 72,261(262)

Handwerk betrieben haben. Es ist daher nicht angängig, etwa ein "Mitglied", dessen Tätigkeit sich auf die kaufmännische Seite des Unternehmens beschränkt, als privilegiert nach § 119 HO anzusehen.¹

Juristische Personen können einen Anspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle aus den oben angeführten Gründen auch hier nicht unmittelbar auf § 119 HO stützen.² Die Privilegierung wird man, wie bei den Personenmehrheiten demjenigen zusprechen müssen, der die verantwortliche Leitung für den handwerklichen Sektor, für dessen praktische Ausübung, gehabt hat.

Für den Stichtag des Jahres 1965 treffen die Ausführungen, die bezüglich der ehemaligen französischen und britischen Zone gemacht wurden, zu.

Für die zukünftigen Änderungen wird zu beachten sein, daß zwar durch die Novellierung im Jahre 1965 auch Personengesellschaften (als solche) als selbständige Handwerker und damit als Gewerbetreibende gelten, jedoch wird man entsprechend dem rein personenbezogenen Charakter der Berechtigung, eine Privilegierung nur für die einzelnen natürlichen Personen in Betracht ziehen können, und zwar soweit, wie sie den Anforderungen der Eintragung in die Handwerksrolle genügen. Für den Fall der Personengesellschaften etwa bedeutet dies eine Privilegierung des für die technische Leitung verantwortlichen persönlich haftenden Gesellschafters.

Die so abgegrenzten "Gewerbetreibenden" können aber nicht alle in den Genuß der Privilegierung des § 119 HO kommen, denn hierdurch soll nur die tatsächliche und berechtigte Handwerksausübung bevorzugt werden. Diese Voraussetzungen sollen nun dargestellt werden.

1) Die Konsequenz hieraus, daß nach Inkrafttreten der Handwerksordnung demnach z.B. eine BGB-Gesellschaft die nicht lediglich aus eintragungsfähigen Handwerkern besteht, unzulässigerweise ein Handwerk ausübte, erscheint zwar bedenklich, aber noch bedenklicher wäre es, dem für die kaufmännische Seite zuständigen Gesellschafter die Privilegierung zuzugestehen, und ihm damit eventuell eine selbständige, von der Gesellschaft losgelöste Handwerksausübung zu gestatten (a.A. Honig, Gesellschaften, GewA 72, 261(262))

2) Vgl. die Ausführungen auf S. 293 f

312. Die tatsächliche und berechtigte Handwerksausübung

§ 119 HO soll den rechtlichen Besitzstand, wie er am maßgeblichen Stichtag gegeben war,¹ aufrechterhalten; die unberechtigte Handwerksausübung genießt nicht diesen Schutz. Da nun mit dem Ausgang des 2. Weltkrieges im Jahre 1945 die bis dahin bestehende Einheitlichkeit des Handwerksrechts im früheren Reichsgebiet verloren ging, die Zulassung zur Ausübung eines Handwerks als stehendes Gewerbe in den verschiedenen Besatzungszonen bzw. Ländern eine unterschiedliche Ausgestaltung erfuhr, gilt es die Rechtslage im Jahre 1953 vor Erlaß der Handwerksordnung darzustellen, d.h. die Frage, ob eine Zulassungspflicht bestand, zu klären.

Vorweg kann festgestellt werden: Existiert eine solche, und übte der Gewerbetreibende sein Handwerk berechtigt im Sinne der damaligen Vorschriften aus, so kann er sich auf die Übergangsvorschriften des § 119 HO berufen. Übte er sein zulassungspflichtiges Handwerk unberechtigt aus, so entfällt die Privilegierung. Zu erörtern werden dann noch die Fälle sein, bei denen keine Zulassungspflicht bestand.

In den Ländern der britischen Zone (Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Hamburg) wurde 1946 vom Zentralamt für Wirtschaft in der britischen Zone die Verordnung über den Aufbau des Handwerks vom 6. Dez. 1946 erlassen.^{2,3} Nach deren § 26 richtete sich die Berechtigung zum selbständigen Betrieb eines Handwerks nach den Bestimmungen der Dritten Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. Jan. 1935 (RGBl. I S. 15) und den zu ihrer Durchführung, Änderung und Ergänzung ergangenen Verordnungen, Ausführungsbestimmungen, Anordnungen

-
- 1) Die folgende Darstellung bezieht sich nur auf den Stichtag des Jahres 1953, da lediglich hier die nachstehenden Probleme auftreten. Die Grundsätze sind jedoch auch auf den Stichtag des Jahres 1965 entsprechend anzuwenden.
 - 2) Ermächtigungsgrundlage: siehe Amtsblatt Schleswig-Holstein Jg. 1947, S. 11
 - 3) Vgl. Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen Jg. 1947, Nr. 3, S. 21; Amtsblatt Schleswig-Holstein 1947, S. 13; Amtsblatt für Niedersachsen 1947, S. 7; Amtlicher Anzeiger Beiblatt zum Hamburgischen Gesetz- und Verordnungsblatt, Jg. 1947, S. 17

und Erlasse. Nach § 30 Abs. 1 blieb das Verzeichnis der Gewerbe,¹ die handwerksmäßig betrieben werden können, aufrechterhalten.

Als Voraussetzung für den selbständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe wurde die Eintragung in die Handwerksrolle verlangt.² Diese Verordnung des Zentralamtes ist als Grundnorm für die britische Zone zu betrachten; sie brachte für das ganze Gebiet die Weitergeltung der 3. HwVO mit ihrem Grundsatz des Großen Befähigungsnachweises.³ Außer Kraft getreten ist letztere Verordnung erst 1953; die Voraussetzungen zur selbständigen Handwerksausübung waren gleichwohl in der Folgezeit in den einzelnen Ländern unterschiedlich.

In Niedersachsen bedurfte zusätzlich⁴ jedermann der Erlaubnis, der einen selbständigen Handwerksbetrieb errichten, übernehmen oder in das Land Niedersachsen verlegen wollte.⁵ Versagt durfte diese Erlaubnis nur werden beim Mangel der erforderlichen Sachkunde oder bei persönlicher Unzuverlässigkeit.⁶ Für den Nachweis der Sachkunde galten die Bestimmungen der 3. HwVO.⁷ In Schleswig-Holstein galt ebenfalls

-
- 1) Vgl. Bekanntmachung des Reichswirtschaftsministers vom 6. Dez. 1934 (DRAnz. Nr. 287 v. 8. Dez. 1934) mit Änderungen v. 17.7.36 (RAnz. Nr. 165), v. 18.1.37 (RAnz. Nr. 20), v. 11.2.41 (RAnz. Nr. 38). Diese Zusammenstellung wurde entnommen aus Über, Gisbert, Freiheit des Berufs, Hamburg 1952, S. 274.
 - 2) Zu den Eintragungsvoraussetzungen vgl. 3. HwVO
 - 3) Wie hier: Huber, E.R., a.a.O., S. 719; Becker, Hans G., Die Gewerbefreiheit und ihre Beschränkungen seit 1945, Diss. Marburg 1952, S. 45f; vgl. auch Moser, Friedrich, Das Problem der handwerklichen Gewerbefreiheit, Diss. Tübingen 1953, S. 65; Kreppner, Doppelzugehörigkeiten, S. 85; OVG Lüneburg v. 6.6.50 DVBl. 51, 452(452) = OVGE 2, 142(142f); BVerwG v. 17.7.59 GewA 63, 10(10)
 - 4) So Huber, E.R., a.a.O., S. 654, 719
 - 5) Vgl. § 1 des Gesetzes über die Zulassung und Schließung von Gewerbebetrieben (Gewerbezulassungsgesetz) vom 29. Dez. 1948 (Niedersächs. GVBl. 1948, S. 188), wieder abgedruckt in: Bauer, Max; Meibom, Hanspeter, Gewerbezulassung in der britischen Zone, Zusammenstellung für die Praxis, Düsseldorf 1949, S. 88)
 - 6) Zur Unzuverlässigkeit vgl. Art. 1 der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Zulassung und Schließung von Gewerbebetrieben (Gewerbezulassungsgesetz) vom 7. Jan. 1949 (Niedersächs. GVBl. S. 15)
 - 7) Vgl. § 3 d.VO

die 3. HwVO weiter; die Prüfung des Bedürfnisses für die Errichtung von Handwerksbetrieben war nicht mehr zulässig.¹

In Nordrhein-Westfalen wurden zwar dem niedersächsischen Gewerbezulassungsgesetz vom 29.Dez.1948 in etwa entsprechende Gesetze über gewerberechtliche Genehmigungen erlassen,² einschlägige Regelungen ergingen jedoch im Gegensatz zu Niedersachsen nicht, so daß die 3. HwVO als fortgeltend bis zum Inkrafttreten der Handwerksordnung im Jahre 1953 anzusehen ist.³

Als Ergebnis ist demnach für die britische Zone festzuhalten, daß die Berechtigung zur selbständigen Handwerksausübung als stehendes Gewerbe im Sinne des § 119 HO nur bei denjenigen Gewerbetreibenden vorhanden war, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Handwerksordnung in der Handwerksrolle eingetragen waren. Eine bloße Gewerbeanmeldung nach § 14 GewO genügt hier nicht, da selbst in diesen Fällen das Handwerk unberechtigt ausgeübt wurde.

In der französischen Zone wurden nach 1945 einschlägige gesetzliche Regelungen vorgenommen für das Land Rheinland-Pfalz und das frühere Land Württemberg-Hohenzollern. Nach § 1 Abs. 1 des rheinland-pfälzischen Landesgesetzes über die Neufassung des Handwerksrechts (Handwerksordnung) vom 2.Sept.1949 (GVBl. I S. 379)⁴ war der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen gestattet.⁵ Die Rechtsanordnung zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 5.Nov.1946 des früheren

- 1) Vgl. Runderlaß des Wirtschaftsministeriums Schleswig-Holstein vom 28.Dez.1948 betreffend Gesetz über die Geltungsdauer gewerberechtlicher Bestimmungen vom 15.1.1948 (GVBl. Schl.-H. S.17) (wieder abgedruckt in: Bauer-Meibom, S. 109; Boldt, Gerhard, Gewerbeordnung und gewerberechtliche Nebengesetze, Münster Westfalen 1949, S.552)
- 2) Vgl. u.a. Gesetz über die vorläufige Regelung gewerblicher Genehmigungen und Schließungen vom 7.12.1948 (GVBl. S.302; GVBl. 49,S.8). Zweites Gesetz über vorläufige Regelung gewerberechtlicher Genehmigungen und Schließungen vom 7.Juni 1949 (GVBl. S.116); eine Zusammenstellung findet sich bei Turegg, Kurt Egon Freiherr von, Gewerberecht, Tübingen 1953, S. 31
- 3) Im Ergebnis ebenso Huber, E.R., a.a.O., S. 655 und BVerwG v. 26.1.62 GewA 62,95(96)
- 4) I.d.F. der Bekanntmachung vom 4.April 1951 (GVBl. S.93)
- 5) Zu den Eintragungsvoraussetzungen vgl. §§ 3 - 6,20 d.G.

Landes Württemberg-Hohenzollern¹ stimmte im relevanten Bereich mit der Handwerksordnung des Landes Rheinland-Pfalz überein.

Der Landtag des früheren Landes Baden(Südbaden) hatte zwar am 21.Sept.1949 das Badische Handwerksgesetz, das im wesentlichen mit den Handwerksordnungen in Rheinland-Pfalz und Württemberg-Hohenzollern übereinstimmte, beschlossen, die französische Militärregierung hat dieses Gesetz jedoch nicht genehmigt, so daß es nicht in Kraft treten konnte.² Hier blieb es daher bei der Regelung der 3.HwVO.³

In der französischen Zone, deren Handwerksrecht (allgemein) sich am engsten an den Entwicklungsstand der Gesetzgebung der Jahre 1934/35 angeschlossen hat,⁴ ist damit - ebenso wie in der britischen Zone -, die berechnigte selbständige Ausübung eines Handwerks als stehendes Gewerbe von der Handwerksrollen-Eintragung abhängig. Fehlt diese Eintragung, so entfällt die Privilegierung des § 119 HO.

In der amerikanischen Besatzungszone führte die amerikanische Militärregierung durch den OMGUS⁵-Befehl vom 29.November 1948 mit Wirkung vom 20.Dezember 1948 in den Ländern Bayern, Württemberg, Hessen und Bremen die volle Gewerbe-freiheit ein. Danach waren Beschränkungen der Gewerbe-freiheit nur soweit zulässig, als sie zur Wahrung der öffentlichen Gesundheit, der öffentlichen Sicherheit und des Gemeinwohls erforderlich waren. Zur Ergänzung dieses Erlasses erging die Direktive der amerikanischen Militärregierung vom 28.März 1949.⁶ Sie enthält in der Anlage einen Katalog von Tätigkeiten und Unternehmen, für die eine Lizenzierung zulässig sein sollte. Diese Anordnungen sind gerichtet an

1) Amtsblatt des Staatssekretariats für das franz. besetzte Gebiet Württembergs und Hohenzollerns Nr. 1/1947 vom 9.1.47, S. 1

2) Vgl. Hartmann-Philipp, a.a.O., S. 8

3) So auch Huber, E.R., a.a.O., S. 719

4) So Wernet, Handwerkspolitik, S. 59

5) Office of Military Government for Germany (US)

6) APO 742 - AG 680.44(B.A.) - Amtsblatt des Wirtschaftsministeriums Württemberg-Baden, Jg. 1949, S. 70; wieder abgedruckt bei Reuss, Wilhelm, Die Gewerbe-freiheit, Stuttgart 1949, S. 53(zukünftig zitiert: Reuss, Gewerbe-freiheit)

die Direktoren der Militärregierungen von Bayern, Hessen, Württemberg-Baden und Bremen. Diese wiederum erließen "Anweisungen" für ihren Zuständigkeitsbereich.¹ Auf die unterschiedlichen Auffassungen zur rechtlichen Bedeutung der Direktiven kann hier nicht eingegangen werden;² mit der wohl herrschenden Meinung wird davon ausgegangen, daß die Militärregierungsbefehle für sich allein keine Rechtsgrundlage für eine gewerbliche Zulassungspflicht darstellen; diese vielmehr im deutschen Recht gesucht werden muß.³

Eine gesetzliche Neuregelung erfolgte lediglich in Bremen.⁴ Bayern, Württemberg-Baden und Hessen führten die Befehle der Militärregierungen im Verwaltungsweg durch.

-
- 1) Vgl. für Bremen: Schreiben des Büros der Militärregierung für Bremen an den Präsidenten des Senats des Landes Bremen vom 20. Dez. 1948 (Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen, Jg. 1949, S. 1) betr. Gewerbe-Zulassungsgesetze für Württemberg-Baden: Gewerbefreiheitsbefehl vom 11.1.1949 (Regierungsblatt der Militärregierung Württemberg-Baden 1949, S. 36 = Amtsblatt des Wirtschaftsministeriums Württemberg-Baden 1949, Nr. 8, S. 69) für Hessen: Schreiben der Militärregierung für Hessen an den Ministerpräsidenten vom 2. Dez. 1948 (abgedruckt bei Reuss, Gewerbefreiheit, S. 49; Teilabdruck unter: Bekanntmachungen der Grundsätze der Militärregierung zur Gewerbefreiheit vom 3. Febr. 1949, in: GVBl. für das Land Hessen, Jg. 1949, S. 6) für Bayern: Schreiben der Militärregierung für Bayern an den Ministerpräsidenten vom 18. Dez. 1948 (Teilabdruck in: Entschließung des Bay. Staatsministeriums für Wirtschaft vom 20.1.1949 Nr. 5001-V 26a-4321 über Gewerbefreiheit, in: Bayer. Staatsanzeiger Nr. 4 vom 28. Jan. 1949, S. 2; ebenso Teilabdruck in: Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, Gewerbeordnung, Kommentar, 10. Auflage, München Berlin 1952, Einleitung S. 5)
 - 2) Vgl. hierzu Reuss, Gewerbefreiheit, S. 30 ff
 - 3) So Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewO, 10. Auflage, Einleitung S. 6; Turegg, Gewerberecht, S. 34
 - 4) Übergangsgesetz zur Regelung der Gewerbefreiheit vom 24. Jan. 1949 (Gesetzblatt S. 13)

Zulassungspflichtig waren in Bremen folgende Handwerke:
Bandagisten, Chirurgiemechaniker, Orthopädiemechaniker,
Orthopädieschuhmacher, Augenoptiker, Zahntechniker,
Installateure, Elektro-Installateure, Chemisch-Reiniger,
Färber und Wäscher.¹

In Württemberg-Baden herrschte anfänglich große Unsicherheit bezüglich der handwerklichen Zulassungspflicht:

"In welchem Umfange auf Grund des Befehls der Militärregierung die selbständige Ausübung handwerklicher Berufe ohne Nachweis der Sachkunde zulässig ist, läßt sich noch nicht übersehen." ^{2,3} Trotzdem wird "vorbehaltlich der Entscheidung der Militärregierung" eine allerdings "nicht erschöpfende" ² Aufzählung der zulassungspflichtigen handwerklichen Berufe gegeben.⁴

Nach dem Runderlaß vom 19. Juli 1949 ist der Nachweis der Sachkunde,⁵ der in entsprechender Anwendung des § 3 Abs. 2 der 3. HwVO i.d.F. der VO vom 22. Jan. 1936 zu erbringen ist, für folgende handwerkliche Berufe erforderlich:

a) Bandagisten, b) Orthopädie-Schuhmacher, c) Zahntechniker, d) Chirurgie-Mechaniker, Orthopädie-Mechaniker, Chirurgie-Instrumentenmacher, e)⁶ Augenoptiker, g) Chemisch-Reiniger,

-
- 1) Vgl. Verordnung zur Änderung der zweiten Durchführungsverordnung zum Übergangsgesetz zur Regelung der Gewerbe-freiheit vom 26. Aug. 1949 (GBI. S. 203)
 - 2) Erlaß des Wirtschaftsministeriums Württemberg-Baden Nr. 96 078/118 vom 21. Jan. 1949 betreffend Gewerbezu-lassung (Amtsblatt des Wirtschaftsministeriums, Jg. 1949, S. 11(12))
 - 3) Der Nachweis der Sachkunde sollte nach diesem Erlaß "in entsprechender Anwendung" des § 3 Abs. 2 der 3. HwVO i.d.F. der VO v. 22. Jan. 1936 (RGBI. I S. 42) erfolgen.
 - 4) Auf die Wiedergabe dieser Liste wird wegen ihres provi-sorischen Charakters verzichtet. Der gesamte Erlaß ist gemäß den Schlußbestimmungen des Runderlasses des Wirt-schaftsministeriums W.-B. Nr. 96 078/277 über Gewerbe-freiheit vom 19. Juli 1949 (ABl. Wirtschaftsministerium, Jg. 1949, S. 65(69)) mit diesem Tag außer Kraft getreten
 - 5) Nach diesem Runderlaß war § 1 der 3. HwVO, der die Be-rechtigung zum selbständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe von der Eintragung in die Handwerks-rolle abhängig machte, nicht mehr anwendbar
 - 6) In dem Runderlaß werden unter f) noch aufgeführt: Hühner-
augen-Operateure, Masseure (auch Eyermann-Fröhler-Honig
1973, Anm. 5 zu § 119, die auf diesen Runderlaß hinweisen,
zählen diese Gewerbe mit auf). Diese Tätigkeiten wurden
jedoch durch Runderlaß des Wirtschaftsministeriums W.-B.
vom 24. Nov. 1949 Nr. 96 078/360 über Gewerbebefreiheit (ABl.
des Wirtschaftsministeriums, Jg. 1949, Nr. 17 S. 119(120))
zu Recht mit der Begründung gestrichen, daß es sich nicht
um Gewerbe handele, die handwerksmäßig betrieben werden
könnten

Färber, h) Elektro-Installateure, i) Installateure für Gas-, Wasser- und Getränkeschank-Anlagen, k) Zentralheizungsbauer, Feuerungstechniker, Schornsteinbauer, Ofensetzer, l) Kältetechniker, m) Blitzableitungsbauer. Die Sachkundeprüfung auch für Friseure, Flaschner, Kraftfahrzeughandwerker, Vulkaniseure und Hoch- und Tiefbauhandwerker zuzulassen, wurde von OMGUS abgelehnt.¹ Durch Runderlaß des Wirtschaftsministeriums Württemberg-Baden vom 14. Febr. 1950 Nr. 41 17/6 betreffend Lizenzierung der handwerklich betriebenen Wäschereien (Amtsblatt des Wirtschaftsministeriums, Jg. 1950, Nr. 3, S. 11) wurde der Sachkundenachweis "zum Zweck der Sicherung der Volksgesundheit und der Volkswohlfahrt" noch auf dieses Gewerbe ausgedehnt. Für die Ausübung des Handwerks der Getränkeschankanlagen-Reiniger wurde ebenfalls der Sachkundenachweis gefordert.²

In Hessen waren nach einer Aufstellung des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft und Verkehr vom 5. Mai 1949 folgende Gewerbezweige und Berufe zulassungsbedürftig:³ Selbständige Ausführung von Hoch- und Tiefbauten,⁴ Augenoptiker,⁵ Orthopädie-Mechaniker, Bandagisten, orthopädische Schuhmacher, Schornsteinfeger, Installateure von sanitären, Heizungs-, Lüftungs-, Gas-, Wasser- und Elektrizitätsanlagen, Wäschereien, sowie Färber und chemische Reiniger.

In Bayern bedurften im Hinblick auf die Belange der Volksgesundheit, der öffentlichen Sicherheit und des Gemeinwohls Augenoptiker, Zahntechniker, Bandagisten, Chirurgie-Mechaniker, Orthopädie-Mechaniker, Chirurgie-Instrumentenmacher, Chemisch-Reiniger, Wäscher und Plätter, Elektroinstallateure

-
- 1) Vgl. Runderlaß vom 24. Nov. 1949 (ABl. des Wirtschaftsministeriums, S. 120)
 - 2) Vgl. Runderlaß Nr. 2007/422 des Wirtschaftsministeriums W.-B. vom 5. Mai 1950 betreffend Gewerbebefreiheit (ABl. Wirtschaftsministerium W.-B., Jg. 1950, Nr. 7, S. 31)
 - 3) Die Aufstellung ist abgedruckt als Anlage 15 bei Reuss, Gewerbebefreiheit, S. 59; auch Eyermann-Fröhler-Honig 1973 drucken diese Aufstellung ab (a.a.O., Anm. 5 zu § 119) und sehen damit diese Handwerke als zulassungspflichtig an
 - 4) A.A. für das Maurerhandwerk BVerwG v. 22.2.56 GewA 55/56, 232(232)
 - 5) A.A. Hess VGH v. 17.7.73 GewA 73,300(301)

Installateure für Gas und Wasser, Zentralheizungsbauer der behördlichen Erlaubnis.^{1.2}

Diese Erlaubnis war von einem Sachkundenachweis abhängig, der in der Regel als erbracht galt, wenn eine fünfjährige Tätigkeit in dem einschlägigen Gewerbebezweig nachgewiesen werden konnte. Der Große Befähigungsnachweis durfte nicht mehr gefordert werden.³

In Berlin hing vor dem Inkrafttreten der HO 1953 die Eröffnung eines selbständigen Handwerksbetriebes von dem Bestehen einer Meisterprüfung oder der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung ab.⁴

Die Privilegierung des § 119 HO kommt - wie sich aus obigem ergibt - nur denjenigen Gewerbetreibenden zugute, die am maßgeblichen Stichtag das betreffende Handwerk tatsächlich und berechtigt ausgeübt haben;⁵ ausschlaggebend ist dabei, ob die Gewerbeberechtigung am Ort der Betätigung gegeben war. Das einschlägige Gewerbe muß unmittelbar beim Inkrafttreten der Handwerksordnung (berechtigt) ausgeübt worden sein; es genügt nicht, wenn die Tätigkeit früher einmal ausgeübt wurde.⁶ Weiter genügt bei zulassungspflichtigen Gewerben nicht die bloße Anzeige des Betriebes nach § 14 GewO.⁷

Nun konnten aber - insbesondere in Bayern - verschiedene Handwerke ohne Sachkundenachweis (und damit ohne jegliche Pflicht zur Zulassung) betrieben werden, es bedurfte in diesen Fällen keiner "Berechtigung" im Sinne des § 119 HO.

-
- 1) Vgl. Entschließung des Bay. Staatsministeriums für Wirtschaft vom 13. April 1949 Nr. 5001-V 26a- 25 077 über Gewerbebefreiheit (Bay. Staatsanzeiger, Nr. 17 vom 29. April 1949, S. 3)
 - 2) So im grundsätzlichen wohl auch Turegg, Gewerbeberecht, S. 34
 - 3) Vgl. Entschließung vom 13. April 1949 (Bay Staatsanzeiger Nr. 17, S. 3)
 - 4) Vgl. § 3 des Berliner Gesetzes über die Gewerbebefreiheit vom 21. Okt. 1949 (VOBl. I S. 417) i. d. F. v. 14. Dez. 1950 (VOBl. I S. 565)
 - 5) Vgl. statt vieler VGH Karlsruhe v. 20. 5. 58 GewA 59, 148 (148 LS) = VerwRspr 11, 861 (861)
 - 6) Vgl. auch Fuhr, E., a. a. O., Anm. 16 zu § 1, S. 59
 - 7) Vgl. OVG Lüneburg v. 21. 6. 72 GewA 72, 304 (305) mit Nachweisen

Zweifelloos kann es aber nicht Sinn und Zweck der Übergangsregelung sein, hier ohne weitere Konkretisierung die rein theoretisch vorhandene Handwerksberechtigung als gegeben anzusehen. Auch hier wird daher zu Recht der Nachweis der tatsächlichen Handwerksausübung am Stichtag gefordert.¹ Dies kann grundsätzlich durch die ordnungsgemäße Gewerbeanmeldung nach § 14 GewO erfolgen. Dabei ist allerdings zu beachten, daß bloße Vorbereitungshandlungen wie Werkstattmiete, Anschaffung von Werkzeugen, Einholen von Aufträgen usw. nicht genügen;² die Absicht, aus gelegentlicher oder kleinhandwerklicher Tätigkeit später einen Handwerksbetrieb zu entwickeln, wird damit nicht geschützt.³ Auf dem Umfang der Betätigung kann es nicht ankommen; auch eine (nicht nur gelegentliche) selbständige Handwerksausübung neben einer Beschäftigung in abhängiger Stellung, ein sog. Feierabendbetrieb genügt.⁴ Vom Erfordernis der ordnungsgemäßen Gewerbeanmeldung wird in der ehemaligen US-Zone abgesehen werden können, wenn z.B. eine gleichberechtigte Teilhaberschaft in einem berechtigterweise tätigen Betrieb nachgewiesen werden kann.⁵ Ähnliches gilt, wenn es um die Berechtigung eines ordnungsgemäß eingetragenen Betriebes für die Ausübung eines zusätzlichen Handwerks geht: Auch hier genügt ohne Rücksicht auf die Gewerbeanmeldung der Nachweis, daß tatsächlich noch ein weiteres Handwerk (berechtigt) ausgeübt wurde.⁶ In diesem Falle sind aber strenge Anforderungen zu stellen; eine nur gelegentliche Betätigung in dem anderen Handwerk genügt nicht.⁷

1) Vgl. statt vieler BVerwG v. 6.9.72 GewA 73,72(73)

2) Vgl. BayVGH v. 24.4.68 BayVBl. 68,359(361)

3) Vgl. VGH Bad.-W. v. 26.4.72 GewA 72,270(270f)

4) Vgl. VGH Bad.-W. v. 9.2.60 GewA 61,121(121)

5) Vgl. BayVGH v. 20.6.61 GewA 62,85(85) unter Zurückweisung der insoweit gegenteiligen Auffassung von Hartmann-Philipp (a.a.O., Anm. 1 zu § 112); VG Augsburg v. 25.7.67 GewA 68,43(44)

6) Vgl. BayVGH v. 24.4.68 BayVBl. 68,359(361)

7) So Honig, Probleme, GewA 66,243(243f) mit Nachweisen. Ebenso Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 119 HO mit Urteilsnachweisen

Zusammenfassend kann gesagt werden: In den Ländern der ehemaligen britischen und französischen Zone ist für die Privilegierung des § 119 HO die tatsächliche und berechtigte Handwerksausübung bei Inkrafttreten der Handwerksordnung zu verlangen.¹ Eine bloße Gewerbeanmeldung nach § 14 GewO genügt nicht. In den Ländern der amerikanischen Zone gilt dies auch für die zulassungspflichtigen Gewerbe. Bei den übrigen Handwerken wird die tatsächliche Gewerbeausübung nachzuweisen sein. Dies kann in der Regel durch die Gewerbeanmeldung nach § 14 GewO erfolgen; die Vermutung der tatsächlichen Gewerbeausübung bei erfolgter Gewerbeanmeldung ist jedoch seitens der Handwerkskammer widerlegbar.

Nachdem nunmehr geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen die (tatsächliche) Handwerksausübung berechtigt erfolgte, gilt es nun zu erörtern, welcher Stichtag für die Privilegierung maßgeblich ist.

313. Der maßgebliche Stichtag

Die Handwerksordnung stellt kein einheitliches Gesetzeswerk dar; sie unterlag im Laufe der Zeit mehreren Änderungen, wodurch sich die Frage des Zeitpunkts des Inkrafttretens (im Sinne des § 119 HO) ergibt.

In seinem ursprünglichen Wortlaut wurde das Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) am 23.Sept.1953 verkündet und ist daher gemäß § 129 HO 1953 am 24.Sept.1953 in Kraft getreten. Das Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Handwerksordnung vom 22.Dez.1953 (BGBl. I S. 1567) brachte hinsichtlich des Inkrafttretens keine Änderung. Die Novelle zur Handwerksordnung vom 9.Sept.1965 (BGBl. I S. 1254) wurde am 15.Sept.1965 verkündet und trat mit den hier relevanten Bestimmungen gem. Art. X am folgenden Tag in Kraft. Der nochmaligen Veröffentlichung der inhaltsgleichen, lediglich mit neuer Paragraphenfolge versehenen Handwerksordnung vom 7.Jan. 1966 (BGBl. I S. 2) kommt in

1) Wobei selbstverständlich eine nur unwesentliche Unterbrechung der handwerklichen Tätigkeit in der unmittelbaren Nähe des Stichtages unbeachtlich bleibt

diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu. Ebenso bleibt die Änderung durch das Berufsbildungsgesetz vom 14.Aug.1969 (BGBl. I S. 1122) hier ohne Einfluß.¹

Als maßgebliche Stichtage im Sinne des § 119 HO kommen damit (bisher) der 24.Sept. 1953 (für Absatz 1) und der 16.Sept. 1965 (für den gesamten Paragraphen 119) in Frage. Es entsteht daher das Problem, welcher Stichtag für den konkreten Fall anzuwenden ist.

Hierfür gilt allgemein der Grundsatz, daß bei unberührt gebliebenen, d.h. nicht veränderten Vorschriften, das ursprüngliche Inkrafttreten maßgeblich ist. Zu prüfen ist deshalb, in welchen Fällen, d.h. bei welchen Gewerben eine Veränderung der "rechtlichen Position" vorgenommen wurde.²

Wie erwähnt unterlag die Anlage A zur Handwerksordnung bei der Novellierung mehreren Veränderungen; Handwerke wurden (gestrichen) neu aufgenommen, getrennt, zusammengefaßt, umgruppiert und umbenannt.³ Für die unberührt gebliebenen Handwerke ist die Rechtslage klar; maßgeblicher Stichtag bleibt der 24.Sept.1953.⁴ Dies gilt auch für die lediglich umbenannten Handwerke. Schwierigkeiten treten bei der Behandlung der neu aufgenommenen Handwerke (§ 119 Abs. 3 HO) bezüglich des Tatbestandsmerkmals "neu aufgenommen" auf.

Man wird hier davon auszugehen haben, daß hierunter nur diejenigen Handwerke subsumiert werden können, die tatsächlich neu in die Positivliste aufgenommen worden sind, bisher also nicht den Regelungen der Handwerksordnung unterlagen.

-
- 1) H.M., vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 1,2 zu § 129; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. zu § 129, und unter Berufung hierauf BVerwG v. 8.9.72 GewA 73,41(41)
 - 2) Die folgenden Betrachtungen beziehen sich nur auf den Stichtag des Jahres 1965, da der Stichtag des Jahres 1953 diesbezüglich - soweit ersichtlich - keine Schwierigkeiten bereitet; gleichwohl gelten die Grundsätze für beide Stichtage
 - 3) Vgl. Ausschlußbericht 1965, II Nr. 93 d
 - 4) Im Ergebnis ebenso BVerwG v. 8.9.72 GewA 73,41(41)

Ledigliche Umgliederungen bleiben damit bei Abs. 3 unberücksichtigt.¹ Neu aufgenommen im Sinne dieser Vorschrift sind daher bisher nur vier Handwerke, nämlich die Zinngießer, Hörgeräteakustiker, Siebdrucker und die Flexographen.² In der Anlage A zur Handwerksordnung werden nun aber auch das Parkettleger-, das Handzuginstrumentenmacherhandwerk und das Estrichlegen als neue Vollhandwerke anerkannt.³ Trotzdem läßt sich, wie Honig⁴ zutreffend ausführt, die Vorschrift des Abs. 3 nicht auf die erwähnten Handwerke anwenden, denn diese waren Teilhandwerke des Tischler-/Zimmerer-, Klavier- und Harmoniumbauer- bzw. Betonstein- und Terrazzohersteller;Steinholzlegerhandwerks.⁵ Daher

-
- 1) Aber nicht bei Abs. 4! Es wurde in der Novelle von 1965 aus der Teiltätigkeit "Harmoniumbauer", die vorher mit dem Klavierbauer ein Handwerk darstellte, und dem Orgelbauer ein neues Handwerk gebildet. Dies ist wohl als Zusammenschluß von Handwerken anzusehen, so daß nach der positivrechtlichen Regelung des Abs. 4 nunmehr auch die Teiltätigkeit Orgelbauer ausgeübt werden darf. (Gleiches gilt für den Fall, daß zwei Vollhandwerke zu einem neuen zusammengefaßt werden). Hier wird der Grundsatz der Besitzstandswahrung übermäßig beansprucht; dessen konsequente Befolgung hätte dazu führen müssen, die Privilegierung auf das einschlägige Teilhandwerk des neuen (Voll-)Handwerks zu beschränken. Die gesetzliche Regelung gewährt eine ganz erhebliche Erweiterung der vorhandenen Berechtigung (zumal der Gewerbetreibende u.U. auch die Teiltätigkeit Klavierbauer ausüben darf). In der Literatur (vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 12 zu § 119; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 14 zu § 119; Honig, Probleme, GewA 66,243(247)) begegnet diese Bestimmung unter Hinblick auf Art. 3 GG gewissen Bedenken. Abzulehnen ist diese Regelung aber auch aus praktischen Erwägungen. So führt Honig bei den Veränderungen im Bereich der Maler- und Lackiererhandwerke aus: "... wenn auch nach Ansicht des Gesetzgebers die wesentlichen Grundfertigkeiten und -kenntnisse z.B. des Lackierers ebenso vom Maler beherrscht werden müssen (vgl. Ausschlußbericht 1965, II Nr. 93 d - Anm. im Original), so spannt sich doch ein weiter Bogen etwa zwischen den Extremen Tüncher und Kraftfahrzeuglackierer, der nicht ohne gründliche Ausbildung umfaßt werden kann." (Honig, Probleme, GewA 66,243(247))
- 2) So Honig, Probleme, GewA 66,243(244)
- 3) Der Ausschlußbericht 1965 verfährt ebenso, vgl. II Nr.93 d
- 4) Honig, Probleme, GewA 66,243(247)
- 5) Vgl. für das Estrichlegen VG Sigmaringen v. 25.2.66 GewA 67,18(18) unter Hinweis auf OVG Düsseldorf v. 3.9.64 GewA 65,82(82)

gibt es bezüglich der Anwendung des § 119 HO auf diese Tätigkeiten zwei Möglichkeiten: Üben die betreffenden Gewerbetreibenden vor dem Stichtag des Jahres 1965 diese Tätigkeiten unberechtigt aus, d.h. ohne entsprechende Handwerksrollen-Eintragung, so entfällt die Besitzstandswahrung, denn eine unberechtigt erworbene "Rechts"position unterliegt nicht dem Schutz dieses Rechtsinstituts.¹ Waren die Gewerbetreibenden in der Handwerksrolle geführt und übten sie die einschlägigen (Teil-) Tätigkeiten "am" Stichtag des Jahres 1965 aus, so müssen sie auf Antrag oder gegebenenfalls von Amts wegen mit dem "neuen" Handwerk eingetragen werden.^{2,3} Die Berechtigung für das bisher eingetragene (und ausgeübte !) Handwerk bleibt bestehen. Obwohl für diese Fälle der Trennung⁴ keine ausdrückliche gesetzliche Regelung vorliegt, wird man aus dem Grundgedanken des § 119 HO zu diesem Ergebnis kommen, und damit die Eintragungsfähigkeit aller nach der Trennung selbständig gewordenen Handwerke bejahen müssen.⁵

314. Die Bedeutung der Frist in § 119 Abs. 2 HO

Nach § 119 Abs. 2 HO ist ein nach § 119 Abs. 1 HO Privilegierter "auf Antrag oder von Amts wegen binnen drei Monaten in die Handwerksrolle einzutragen", sofern er bei Inkrafttreten des Gesetzes nicht in der Rolle geführt wird.⁶ Es stellt sich nun die Frage, welche Bedeutung dieser Frist zukommt, ob sie etwa eine Ausschlussfrist darstellt.

- 1) Zu prüfen wäre unter Umständen noch, ob das Gewerbe nicht bereits "am" 24.9.1953 (berechtigt) betrieben wurde, und damit nach Abs. 1 des § 119 HO privilegiert wäre
- 2) Eintragungsgrundlage dürfte § 119 Abs. 1 HO sein
- 3) Eine Änderung der materiellen Rechtslage ist für die betreffenden Handwerke also nicht eingetreten
- 4) Vgl. z.B. auch die Teilung Gold- und Silberschmiede in Goldschmiedehandwerk und Silberschmiedehandwerk (Nr. 49 bzw. 50 der Positivliste)
- 5) Ebenso im Ergebnis Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 14 zu § 119; Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 13 zu § 119; Honig, Probleme, GewA 66,243(247)
- 6) Gemäß Abs. 3 gilt Abs. 2 für Gewerbe, die in die Anlage A aufgenommen werden, entsprechend

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seinem Urteil vom 17.4.1964 GewA 64,249 mit Sinn und Zweck dieser Frist befaßt.¹ Nach dieser Entscheidung hat der Termin nicht die Bedeutung einer Ausschußfrist. Er hat also nicht die Wirkung, daß die durch diese Regelung erfaßten Gewerbetreibenden nach Ablauf der Frist nicht mehr in die Handwerksrolle eingetragen werden können. Vielmehr sollte dadurch darauf hingewirkt werden, daß alle nach dieser Vorschrift zur selbständigen Ausübung eines Handwerks weiterhin berechtigten Gewerbetreibenden sobald als möglich auch förmlich in der Handwerksrolle erfaßt werden. Dieser Auffassung haben sich Wissenschaft und Rechtsprechung angeschlossen. Damit kann ein Gewerbetreibender, welcher an den Stichtagen der Jahre 1953 bzw. 1965 berechtigt ein Handwerk als stehendes Gewerbe ausgeübt hat, sich noch heute auf die Privilegierung des § 119 HO berufen, er kann und muß in die Handwerksrolle eingetragen werden.² Einziger Sinn und Zweck dieser Regelung ist damit die unverzügliche Anpassung der Handwerksrolle an eine veränderte Rechtslage; keinesfalls kommt dieser Vorschrift aber die Bedeutung einer Ausschußfrist zu.

32. Die rechtlichen Wirkungen der Besitzstandswahrung³

321. Die Weitergeltung von Beschränkungen einer Ausnahmebewilligung

Ist eine Ausnahmebewilligung am maßgeblichen Stichtag zwar vorhanden, aber aufgrund der zuvor geltenden Vorschriften mit (zulässigen) Beschränkungen versehen, so bleiben diese weiter bestehen. Sie werden deshalb nicht hinfällig, weil es Sinn und Zweck von Übergangsregelungen, wie sie § 1 Abs. 2 GewO und § 119 HO darstellen, ist, den am maßgeblichen Stichtag bestehenden rechtlichen Besitzstand zu wahren und

- 1) Die Entscheidung erging zu § 112 HO 1953. Diese Regelung stimmt mit der entsprechenden Vorschrift der gültigen Handwerksordnung wörtlich überein
- 2) Vgl. OVG Lüneburg v. 21.6.72 GewA 72,304(305)
- 3) Auf die umstrittene Frage, ob die Handwerksrollen-Eintragung nach § 119 HO lediglich deklaratorischer Natur sei oder ob die Eintragung auch hier konstitutiv wirke, wurde bereits eingegangen, vgl. die Ausführungen auf S. 20 ff

zu erhalten, wobei also grundsätzlich der Umfang der Rechte durch die gesetzliche Neuregelung nicht tangiert, d.h. weder erweitert noch eingeschränkt werden soll. Die Berechtigung soll nur in dem Umfang erhalten bleiben, in dem sie vorher wirksam war. Der Ausnahmegewilligung hinzugefügte (zulässige) Bedingungen, Befristungen, Auflagen oder sonstigen Beschränkungen gelten folglich weiter; der - soweit ersichtlich alleinigen - Gegenmeinung von Hartmann-Philipp¹ kann daher - mit der herrschenden Meinung² - nicht gefolgt werden.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 24. Juli 1959 die Bedenken von Hartmann-Philipp¹ hinsichtlich einer möglichen Verletzung des Gleichheitssatzes des Art. 3 GG, die diese darin sehen, daß ein unterschiedlich erworbener Besitzstand³ gleichmäßig geschützt wird, zurückgewiesen: "Wenn es der eindeutige Sinn des § 112 HO war, den Besitzstand aller⁴ bereits beim Inkrafttreten der Handwerksordnung rechtmäßig selbständig tätigen Handwerker zu wahren, so mußte dabei der Tatsache Rechnung getragen werden, daß auf dem Gebiet des Handwerksrechts, solange eine einheitliche Gesetzgebungszuständigkeit, wie sie inzwischen durch Art. 74 Nr. 11 GG geschaffen worden ist, noch nicht bestand, in den einzelnen Ländern und Besatzungszonen voneinander abweichende gesetzliche Regelungen getroffen worden waren. Wenn unter diesen Umständen, um das mit der Vorschrift des § 112 HandwO erstrebte Ziel in sinnvoller Weise erreichen zu können, ein unter unterschiedlichen Voraussetzungen erworbener Besitzstand gleichmäßig geschützt wurde, so kann hierin keine Verletzung des Gleichheitssatzes erblickt werden."⁵

1) A.a.O., Anm. 1c zu § 112

2) Vgl. (allgemein) Fuhr, E., a.a.O., Anm. 16 zu § 1; (speziell handwerksrechtlich) Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 7 zu § 119; Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 7 zu § 119; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, HO, Anm. 2 zu § 112; Honig, Probleme, GewA 66, 243(244); OVG Münster v. 10.11.54 OVG 9, 170 = DVBl. 55, 194; BVerwG v. 24.7.59 GewA 59/60, 231(232); BVerwG v. 29.12.61 GewA 62, 89(90) = VerwRspr. 14, 739(741); BVerwG v. 9.2.62 GewA 62, 175

3) Zulassungspflicht in der brit. und franz. Zone, weitgehende Gewerbefreiheit in der amerik. Zone

4) Hervorhebung im Original

5) BVerwG v. 24.7.59 GewA 59/60, 231(232)

Wurde soeben geklärt, wie Beschränkungen einer Ausnahmebewilligung im Rahmen des § 119 HO zu behandeln sind, so soll nunmehr der Umfang der Privilegierung für die Fälle der Ausübung von Teilhandwerken erörtert werden.

322. Die Besitzstandswahrung im Falle von Teilhandwerken¹

Die soeben gemachten Ausführungen über Sinn und Zweck von Übergangsregelungen gelten auch hier. Daher berechtigt die Ausübung eines (abgrenzbaren) Teilhandwerks am maßgeblichen Stichtag nunmehr nicht zur Ausübung des Handwerks in seiner vollen Breite.² Eine andere Rechtsauffassung wird dem Grundgedanken der Besitzstandswahrung nicht gerecht, da ansonsten die zuvor vorhandene Berechtigung eine Erweiterung erfahren würde.

Es geht nicht an, zu argumentieren, ein Teilhandwerk sei "kein Handwerk im Sinne dieser Bestimmung"³ und daraus die berechtigte Ausübung des Vollhandwerks (also über die Berechtigung zur Ausübung des Teilhandwerks) herzuleiten. Dies geht deshalb nicht, da die These von der Einheitlichkeit eines Handwerks nicht stimmt. Die Anlage A zur Handwerksordnung mag zwar gewissen Bedenken hinsichtlich der Einheitlichkeit (z.B. Herren- + Damenfriseur = Friseur (Nr. 95)) bzw. Uneinheitlichkeit (Herrenschneider (Nr. 65); Damenschneider (Nr. 66)) der Handwerke begegnen, jedoch kann diese positivrechtliche Ausgestaltung nicht in dieser Form interpretiert werden, zumal gerade für das betroffene Friseurhandwerk - wie auch der BayVGH zutreffend ausführt - nach "Verkehrsauffassung, Tradition und Praxis" das Herren- und das Damenfriseurfach abgrenzbare Teile darstellen. Der These von der Einheitlichkeit eines Handwerks widerspricht auch - worauf der BayVGH selbst hinweist -, daß schon nach

-
- 1) Die Ausführungen sind insbesondere relevant für die Länder der früheren (überwiegend zulassungsfreien) US-Besatzungszone; sie gelten aber prinzipiell auch für die Länder der anderen Zonen (mit Ausnahme der Modifizierung auf S. 312 f)
 - 2) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 7 zu § 119; Honig, Probleme, GewA 66,243(244); so wohl auch Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 7 zu § 119; dies., HO, Anm. 2 zu § 112
 - 3) So BayVGH v. 5.5.66 GewA 66,253(253) = BayVBl. 66,285 (286)

dem Rechtszustand unter der Handwerksordnung a.F. nach überwiegender Meinung unter gewissen Voraussetzungen Ausnahmebewilligungen für das Herrenfriseurfach oder das Damenfriseurfach allein erteilt werden konnten,¹ und nach § 8 Abs. 2 HO Ausnahmebewilligungen kraft ausdrücklicher Regelung auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkt werden können, die zu einem in der Positivliste aufgeführten Gewerbe gehören (§ 8 Abs. 2 HO). Warum dies an der Unteilbarkeit des Friseurhandwerks nichts ändern sollte, zumal zwischen § 8 Abs. 2 HO ("wesentlicher Teil der Tätigkeiten") und § 1 Abs. 2 HO ("in wesentlichen Tätigkeiten") Deckungsgleichheit besteht und beide Begriffe synonym sind und inhaltlich dasselbe besagen, diese Begründung bleibt der BayVGH schuldig. Tatsächlich ausgeübt, und hiervon ist bei der rechtlichen Beurteilung grundsätzlich auszugehen, wurde lediglich das Herrenfriseurhandwerk, die Besitzstandswahrung kann sich daher ebenfalls nur hierauf beziehen.

Dies muß als Grundsatz angesehen werden, den es nun zu modifizieren gilt, um nicht zu sehr im Formalen verhaftet zu sein.² Mit Fröhler³ wird man daher in allen diesen Fällen "auf die potentielle Struktur des teilhandwerklichen Betriebs, wie sie sich bei Inkrafttreten der Handwerksordnung darstellte, abstellen und folgende Unterscheidung treffen müssen. Erschien am Stichtag nach der technischen Ausstattung des Betriebes oder im Hinblick auf die nur teilhandwerkliche Ausbildung des Betriebsinhabers eine Umstellung auf einen vollhandwerklichen Betrieb auch künftighin ausgeschlossen, so kann die Handwerksberechtigung nach § 119 Abs. 1 HO nur den am Stichtag tatsächlich praktizierten teilhandwerklichen Bereich erfassen. Eine gegenteilige Beurteilung hat jedoch dann Platz zu greifen, wenn der betreffende Betrieb seiner technischen Ausstattung und seiner betrieblichen Grund-

1) Vgl. BayVGH v. 5.5.66 GewA 66,253(253) unter Hinweis auf OVG Münster DÖV 59,550; VGH Bad.-W. GewA 63,208 und BVerwG GewA 65,169

2) Diese Modifizierung gilt nicht für zulassungspflichtige Teilhandwerke (brit., franz. Zone und zulassungspflichtige Gewerbe der US-Besatzungszone).

3) Berufszulassungsrecht, S. 56

konzeption nach jederzeit auf einen vollhandwerklich arbeitenden Betrieb hätte umgestellt werden können, die am Stichtag bestehende Beschränkung seines Arbeitsbereiches auf teilhandwerkliche Verrichtungen lediglich auf vorübergehenden konjunkturellen Notwendigkeiten oder auf Gründen betrieblicher Rationalisierung beruhte. Für die Möglichkeit einer solchen Umstellung auf einen vollhandwerklichen Betrieb spricht es insbesondere auch, wenn der Betriebsinhaber eine breite vollhandwerkliche Ausbildung durchlaufen und im Vollhandwerk die Gesellenprüfung abgelegt hatte ... In diesen Fällen potentieller Vollhandwerklichkeit des teilhandwerklichen Betriebs erstreckt sich die Handwerksberechtigung nach § 119 Abs. 1 HO von vornherein auf das betreffende Vollhandwerk in seinem ganzen berufsbildmäßigen Umfang, d.h. der Betriebsinhaber kann auch nach dem Inkrafttreten der Handwerksordnung seinen bislang teilhandwerklichen Betrieb erweitern."

Diese Auffassung kollidiert nicht mit der vorher vertretenen Meinung, daß von der "tatsächlichen" Ausübung auszugehen sei; es muß aber zugegeben werden, daß es sich hier um Grenzfälle handelt. Auf jeden Fall ist zu fordern, daß von der technischen Ausstattung und der betrieblichen Grundkonzeption her gesehen, Elemente vollhandwerklicher Berufsausübung vorhanden sind, und nicht erst geschaffen werden müssen. Eine bloße theoretische Umstellungsmöglichkeit des Betriebes genügt nicht, es müssen bereits Anzeichen für eine vollhandwerkliche Tätigkeit gegeben sein. Als ein solches Indiz mag die vollhandwerkliche Berufsausbildung des Betriebsinhabers gelten; dies genügt aber andererseits nicht, wenn etwa die technische Ausstattung und die betriebliche Grundkonzeption einen vollhandwerklichen Betrieb ausschließen.

323. Konsequenzen aus der personenbezogenen Privilegierung

Es ist das Grundanliegen der Handwerksordnung, daß jegliche selbständige Handwerkstätigkeit grundsätzlich nur von einer handwerklich qualifizierten Person ausgeübt, geleitet und überwacht werden soll. Daher erfolgt auch bei juristischen Personen die Privilegierung nicht unmittelbar, sondern über

die Konkretisierung in einer oder mehreren Personen. Dadurch wird die Berechtigung nach § 119 HO eine rein personenbezogene Privilegierung. Sie geht dem Berechtigten, soweit sie einmal erworben wurde, nicht verloren.¹ Dies bedeutet für die juristische Person, z.B. eine in die Handwerksrolle eingetragene GmbH, deren Betriebsleiter nach § 119 HO privilegiert war, daß diese bei seinem Ausscheiden die materielle Handwerksbefugnis verliert und in der Handwerksrolle zu löschen ist. Für den ausgeschiedenen Betriebsleiter ergibt sich wegen der Personenbezogenheit der Berechtigung, daß dieser ohne zusätzlichen Qualifikationsnachweis einen eigenen Handwerksbetrieb beginnen kann, und in die Handwerksrolle eingetragen werden muß.

Aus diesen Ausführungen geht hervor, daß § 119 HO die persönlichen Eintragungsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1,2,3 und 7 HO um einen zusätzlichen Eintragungstatbestand erweitert. Umstritten ist nun in den handwerksrechtlichen Kommentaren, ob ein solchermaßen Privilegierter auch den von der Handwerksordnung für den Handwerker-Gesellschafter einer handwerklichen Personengesellschaft, für den Leiter des Handwerksbetriebes einer juristischen Person oder eines handwerklichen Nebenbetriebes geforderten persönlichen Eintragungsvoraussetzungen genügt.

Während Eyermann-Fröhler-Honig² und Siegert-Musielak³ dies bejahen, kommen Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen⁴ zu einer differenzierenden Auffassung. Danach kann ein nach § 119 HO Berechtigter zwar verantwortlicher Gesellschafter einer Personengesellschaft sein, es soll jedoch nicht zulässig sein, daß der Privilegierte "juristischen Personen oder handwerklichen Nebenbetrieben in der Form eines Betriebsleiters als handwerkliches Aushängeschild dienen darf."⁴ Abgelehnt wird

1) Vgl. hierzu im Unterschied die betriebsbezogene Berechtigung des § 4 HO

2) Vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 8 zu § 119

3) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 19,21 zu § 7

4) (Vgl.) Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 1 zu § 119

von diesen Autoren auch die Möglichkeit der Erweiterung der in § 7 Abs. 1,2,3 oder 7 genannten Eintragungsvoraussetzungen; sie sei weder vom Gesetzgeber gewollt noch nach dem Sinn und Zweck des § 119 HO zulässig. Die Berechtigung nach § 119 HO stehe sachlich nicht mit den Eintragungsvoraussetzungen nach § 7 Abs. 1,2,3 oder 7 im Zusammenhang.¹

Dem kann nicht gefolgt werden: Zunächst ist kein logischer Grund ersichtlich, warum der Berechtigte zwar allein oder in Gemeinschaft mit anderen einen möglicherweise sehr großen und komplizierten Handwerksbetrieb führen darf, nicht aber als Betriebsleiter tätig sein soll. Die Berechtigung nach § 119 HO ist als Einheit zu betrachten, sie kann nicht aufgespalten werden. Erinnerung sei an den Grundsatz der Handwerksordnung, daß jeder Handwerksbetrieb von einem befähigten Handwerker geführt werden soll. Diese Befähigung wird aber im Falle des § 119 HO durch das Gesetz fingiert. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen dies nicht auch für den Betriebsleiter gelten sollte. Nach dem reinen Wortlaut des Paragraphen soll zwar die Berechtigung zum selbständigen Betreiben eines Handwerks aufrechterhalten bleiben, jedoch erscheint eine solche enge, rein wörtliche Auffassung in diesem Fall als zu formal. Es ist eben nochmals daran zu erinnern, daß die Handwerksordnung gesetzes-technisch schlecht ausgestaltet wurde, wie sich auch bei der Ausnahmegewilligung zeigte, bei der das Gesetz zwar einen Eintragsanspruch begründet, wenn der Leiter eine Ausnahmegewilligung besitzt, eine solche Ausnahmegewilligung aber streng genommen nur an Selbständige zu erteilen wäre. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß der Inhaber der Berechtigung nach § 119 HO auch den von der Handwerksordnung für den Handwerker-Gesellschafter einer Personengesellschaft, für den Leiter des Handwerksbetriebes einer juristischen Person oder eines handwerklichen Nebenbetriebes geforderten persönlichen Eintragungsvoraussetzungen genügt.

1) Vgl. Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 1 zu § 119

4. Die Sonderregelungen des (Betriebs-)Leiterprinzips

41. Zu den gesetzlichen Bestimmungen

Abweichend von dem Grundsatz des Inhaber-Befähigungsnachweises fordert die Handwerksordnung für die Handwerksrollen-Eintragung eines Handwerksbetriebes bzw. seines Inhabers in drei Fällen die Einstellung eines Betriebsleiters, der den Voraussetzungen der Absätze 1,2,3 oder 7 des § 7 HO genügen oder nach § 119 HO bzw. § 71 BVFG einen Rechtsanspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle besitzen muß. Dies gilt für den Inhaber eines Witwen- oder Erbenbetriebes nach Maßgabe des § 4 Abs. 2 oder Abs. 3 S. 2 HO, für eine juristische Person als Inhaber eines Handwerksbetriebes (§ 7 Abs. 4 S. 1 HO) sowie den Inhaber eines handwerklichen Nebenbetriebes (§ 7 Abs. 5 HO). Jedoch bedarf es keiner Einstellung eines - gesonderten - Betriebsleiters, wenn etwa ein geschäftsführender Gesellschafter¹ einer juristischen Person oder der Inhaber des handwerklichen Nebenbetriebes in eigener Person die Qualifikationsvoraussetzungen der Handwerksordnung erfüllt; erforderlich ist in diesen Fällen nur, daß diese Personen in tatsächlicher Hinsicht den Erfordernissen eines Betriebsleiters genügen. Waren bis zur Handwerksnovelle des Jahres 1965 Personengesellschaften als solche nicht in die Handwerksrolle eintragbar, und mußte die Praxis daher den Umweg über die Eintragung sämtlicher Gesellschafter gehen, was zur Voraussetzung hatte, daß diese alle die handwerksrechtlichen Erfordernisse erfüllen mußten, so wurde den Personengesellschaften als solchen 1965 aus "praktischer Notwendigkeit"² der Betrieb eines Handwerks gestattet. Für ihre Eintragung in die Handwerksrolle wurde das Betriebsleiterprinzip dahingehend modifiziert, daß ein handwerklich qualifizierter (nach Gesellschaftsrecht) persönlich haftender Gesellschafter vorhanden sein muß, der für die technische Leitung des

1) Vgl. VG Saarland v. 24.9.65 GewA 66,108(108)

2) Ausschlußbericht 1965, II Nr. 1

Handwerksbetriebes verantwortlich ist.¹ Für diesen Gesellschafter, der als Handwerker-gesellschafter bezeichnet wird, gelten in qualifikationsmäßiger Hinsicht die gleichen Erfordernisse wie für den Betriebsleiter²; zu prüfen wird jedoch sein, ob dies auch in tatsächlicher Hinsicht zu gelten hat, d.h. ob bezüglich des Kriteriums der Leitung gleiche oder unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind.

Sollen in einem Handwerk mehrere Handwerke ausgeübt werden, so muß wegen § 1 Abs. 1 HO für jedes dieser Handwerke (mindestens) ein handwerksrechtlich qualifizierter Leiter in der Handwerksrolle eingetragen sein; ein (einziger) Leiter kann selbstverständlich in seiner Person die Eintragungsvoraussetzungen für die Ausübung mehrerer Handwerke erfüllen. Soll umgekehrt in einem Handwerksbetrieb nur ein Handwerk betrieben werden, so widerspricht es nicht der Handwerksordnung, wenn für dieses Handwerk mehrere Personen, soweit sie den Erfordernissen entsprechen, in die Handwerksrolle eingetragen werden.³ Dies liegt allein im Willen des Inhabers des Nebenbetriebes sowie der Personengesellschaften und juristischen Personen.

42. Das (Betriebs-)Leiterprinzip in tatsächlicher Hinsicht

421. Das Betriebsleiterprinzip bei juristischen Personen

Bereitet die Frage der persönlichen qualifikationsmäßigen Voraussetzungen eines Betriebsleiters aufgrund der gesetzlichen Regelung keine Schwierigkeiten, so treten bei den in faktischer Beziehung erforderlichen Voraussetzungen, d.h. bei der Frage, wann noch von einer ausreichenden Leitung des Handwerksbetriebes gesprochen werden kann, Probleme auf.

- 1) Die völlige Angleichung der Eintragungsvoraussetzungen für Personengesellschaften und juristische Personen erfolgte wohl deshalb nicht, um den handwerksrechtlichen Grundsatz der Einheit von Kapital, Befähigung und Verantwortung, wie er auch in der Handwerksentscheidung anklingt, nicht weiter zu durchlöchern
- 2) In § 7 Abs. 4 S. 2 HO werden zwar § 119 HO und § 71 BVFG nicht erwähnt, die h.M. geht jedoch - wie soeben angeführt - zu Recht davon aus, daß auch dieser Personenkreis als verantwortlicher Teilhaber angesehen werden kann
- 3) Vgl. Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 18 zu § 7. Bei den Ausführungen bezüglich eines Nebenbetriebes fehlt der Hinweis auf die Möglichkeit der Bestellung mehrerer Betriebsleiter; hier dürfte es sich jedoch um ein Versehen handeln, da Gründe für eine unterschiedliche Behandlung nicht ersichtlich sind.

Die hierzu vorhandene Rechtsprechung weist - entsprechend der Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten - ein stark kasuistisches Gepräge auf. Die Kriterien eines Betriebsleiters sollen daher nur in groben Zügen dargestellt werden.

Zunächst ist davon auszugehen, daß die bloße Bezeichnung als Betriebsleiter nicht genügt,¹ sondern Betriebsleiter nur derjenige sein kann, der mit der verantwortlichen Leitung, Führung und Beaufsichtigung des Betriebes "beauftragt" ist,² wobei die Beschränkung auf die fachliche Ausgestaltung und den technischen Ablauf, also den handwerksmäßigen Arbeitsbereich genügt.³ Betriebsleiter kann auch ein Mitgesellschafter und/oder Geschäftsführer sein; es bedarf hierzu nicht unbedingt eines Dienstvertrages. Es ist auch nicht ersichtlich - wie das VG Saarland zutreffend ausführt⁴ -, daß Sinn und Zweck des § 7 Abs. 4 HO dies erforderten. Der Betriebsleiter einer juristischen Person muß daher nicht in einem Dienstverhältnis zu dieser stehen.

Zumindest erforderlich ist die verantwortliche Leitung nach innen; eine Vertretungsbefugnis (nach außen) braucht nicht gegeben zu sein.⁵ Damit soll aber nicht gesagt werden, daß der Betriebsleiter nicht gleichzeitig die Stellung eines (gesetzlichen) Vertreters haben kann,⁶ sondern damit soll ausgedrückt werden, daß es genügt, wenn er die erwähnte Befugnis innehat. Als Betriebsleiter kann damit nur derjenige angesehen werden, welcher alle in einem unabhängigen Handwerksbetrieb üblicherweise dem Inhaber vorbehaltenen Entscheidungen fachlicher Art trifft oder treffen kann.⁷

1) Vgl. VG Düsseldorf v. 20.10.66 GewA 67,116(116)

2) So Hartmann-Philipp, a.a.O., Anm. 6 zu § 7; ebenso Steffens, H., a.a.O., Anm. III 1 zu § 7

3) Vgl. Honig, Leitung, GewA 67,97(97); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 12 zu § 7; OVG Lüneburg v. 19.7.74 GewA 75,27(28)

4) Vgl. VG Saarland v. 24.9.65 GewA 66,108(108)

5) So schon Eyermann-Fröhler, Anm. III 1 b zu § 7

6) Vgl. VG Saarland v. 24.9.65 GewA 66,108(108)

7) Vgl. Honig, Leitung, GewA 67,97(97); Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 12 zu § 7

Erfolgt weder eine Einteilung der anfallenden Arbeit, noch ein bestimmender Einfluß auf den Arbeitsablauf, erstreckt sich die Tätigkeit auf bloße, gelegentliche Kontrollen, so kann von keiner tatsächlichen Betriebsleitung die Rede sein.¹

Da der Sinn und Zweck des Betriebsleiterprinzips darin besteht, die Ordnungsmäßigkeit des Handwerksbetriebes zu gewährleisten, es mithin auf die Effektivität der Betriebsleitung ankommt, ist das Erfordernis einer verantwortlichen Betriebsführung nicht erfüllt, wenn die Bestellung zum Betriebsleiter sich als ein Scheinverhältnis darstellt. Obwohl die Ausgestaltung des Arbeits- bzw. Gesellschaftsverhältnisses weitestgehend im Ermessen der Parteien liegt, wird man hierin doch Anhaltspunkte für die Ernsthaftigkeit einer vereinbarten Betriebsleitung zu suchen haben. Einen Anhaltspunkt bietet hierbei die Art und die Höhe der dafür gewährten "Vergütung". Für ein Scheinverhältnis spricht in der Regel eine weit unter den üblichen Sätzen liegende Vergütung. Wiederholt hat sich die Rechtsprechung auch mit der Frage befaßt, welche Zeit der Betriebsleiter für seine Leitungs- und Überwachungstätigkeit aufwenden muß. Dieses Problem wird bei der Behandlung des Betriebsleiterprinzips bei Nebenbetrieben diskutiert.

422. Das Leiterprinzip bei Personengesellschaften

Wie bereits ausgeführt, kann eine Personengesellschaft nur dann in die Handwerksrolle eingetragen werden, wenn ein qualifizierter, für die technische Leitung verantwortlicher persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist. Welche Anforderungen an den Handwerker-Gesellschafter zu richten sind, hierüber liegen in Literatur und Rechtsprechung kaum

1) Vgl. VG Darmstadt v. 23.3.64 GewA 64,280(280) a.A. VGH Bad.-W. v. 12.6.74 GewA 74,340(340). Nach diesem Urteil genügt die Kontrolle der laufenden Bauten und Baustellen, die Abnahme und Überprüfung nach Montageende sowie die Hilfe und abschließende Kontrolle bei der Erstellung der Angebote. Daß hierbei von keiner technischen Leitung mehr gesprochen werden kann, dürfte offensichtlich sein

Äußerungen vor. Dies verblüfft deshalb, weil, wie Honig ausführt,¹ es in der Praxis immer wieder vorkommt, daß sich kapitalkräftige Kaufleute mit Handwerksmeistern zusammentun und Gesellschaftsverträge abschließen, die zwar formal den Bestimmungen des Gesetzes genügen - der Handwerksmeister tritt als persönlich haftender Gesellschafter ein und ist nach dem Gesellschaftsvertrag für die technische Leitung verantwortlich -, die aber andererseits die Rolle des Handwerkers innerhalb der Gesellschaft so beschneiden, daß man ihn mehr oder minder nur als Strohmann bezeichnen kann.

Entgegen Siegert-Musielak, die hinsichtlich der Art und des Umfangs der Betriebsleitung an den Handwerker-gesellschafter gleiche Anforderungen stellen wie an die Tätigkeit des Betriebsleiters,² kommt Honig zu dem Ergebnis, daß die Grundsätze für den Betriebsleiter juristischer Personen hier nicht unmittelbar anwendbar sein dürften.³

Die Auffassung von Honig verdient den Vorzug, denn es ist offensichtlich, daß das Gesetz an den Handwerker-gesellschafter strengere Anforderungen stellen will als an einen Betriebsleiter. Dies ergibt sich auch aus den Gesetzgebungs-materialien: Anfänglich stand die Gleichstellung der Personengesellschaften mit den juristischen Personen zur Diskussion. Wenn nun in der endgültigen Fassung bezüglich der Personengesellschaften die Einrichtung des Betriebsleiters in der Form wie bei den juristischen Personen nicht auftaucht, so kann hieraus nur geschlossen werden, daß bei Personengesellschaften das Leiterprinzip modifiziert werden soll. Das Gesetz verlangt einen qualifizierten, für die technische Leitung verantwortlichen persönlich haftenden Gesellschafter. Wie bei den juristischen Personen bedeutet die technische Leitung die Verantwortung für den handwerklichen Betrieb; vom Inhalt her entspricht sie also der Aufgabe des Betriebsleiters.⁴ Im Unterschied hierzu resul-

1) Vgl. Honig, Leitung, GewA 67,97(98)

2) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 21 zu § 7

3) Vgl. Honig, Leitung, GewA 67,97(98)

4) Das Problem, wann bezüglich des zeitlichen Aufwandes noch von einer ausreichenden Leitung gesprochen werden kann, wird bei der Behandlung des Leiterprinzips bei Nebenbetrieben erörtert

tiert diese Leitung aber nicht aus einem Arbeitsvertrag,¹ wie es in der Regel beim Betriebsleiter der Fall sein wird, sondern sie ist teilweises Geschäftsführungsrecht eines Gesellschafters.² Die technische Leitung kann auch mehreren Gesellschaftern oder dem geschäftsführenden Gesellschafter übertragen werden; nur müssen diese Personen dann selbst die handwerksrechtlichen Voraussetzungen erfüllen. Zu beachten bleibt aber, daß der technische Leiter verantwortlich zu sein hat. Das bedeutet, daß andere Gesellschafter auf die technische Ausführung keine Einflußnahme haben dürfen.³ Dies bedeutet wiederum, daß der leitende Gesellschafter durch Gesellschaftsvertrag diese Befugnis übertragen bekommen muß, und andererseits die Geschäftsführungsbefugnis der übrigen Gesellschafter damit eingeschränkt wird.⁴

Als zusätzliche, unerläßliche Voraussetzung für die Eintragung einer Personengesellschaft in die Handwerksrolle tritt hinzu, daß der qualifizierte leitende Gesellschafter persönlich Haftender ist. Wann dies der Fall ist, richtet sich nach den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen von BGB und HGB. Damit scheidet der Kommanditist einer KG als Leiter im Sinne von § 7 Abs. 4 HO aus, da er nicht persönlich haftender Gesellschafter ist, sondern nach § 161 Abs. 1 HGB nur mit seiner Einlage haftet.⁵ Dagegen kann trotz der sich aus dem GmbH-Recht ergebenden Haftungsbeschränkung im Falle einer GmbH&Co KG eine GmbH persönlich haftender Gesellschafter sein.⁶

- 1) Wird ein Handwerksmeister lediglich als Arbeitnehmer eingestellt, so ist dem erwähnten Erfordernis nicht Genüge getan (vgl. VG Kassel v. 20.1.71 GewA 71,163(163))
- 2) So Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 18 zu § 7; Anm. 17 zu § 4
- 3) Vgl. VG Kassel v. 8.3.63 GewA 64,89(89)
- 4) Vgl. §§ 709,710 BGB für die BGB-Gesellschaft; §§ 114,115, 109 HGB für die OHG; §§ 114,105,109 i.V.m. § 161 Abs. 2, 163 HGB für die KG
- 5) Wegen dieser handelsrechtlich beschränkten Rechtsstellung liegt kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vor (vgl. LG Karlsruhe v. 17.4.68 GewA 68,235(235))
- 6) In der Literatur ist umstritten, nach welcher Bestimmung, ob nach § 7 Abs. 4 S. 1 oder § 7 Abs. 4 S. 2 HO, eine solche Gesellschaft in die Handwerksrolle eingetragen werden kann. Vgl. hierzu einerseits Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 19 zu § 7; Honig, Gerhart, Eintragung einer GmbH&Co KG in die Handwerksrolle, BB 69,557; ders., Die Eintragung einer GmbH&Co KG in die Handwerksrolle, BB 70,1277; andererseits Siegert-Musielak, Anm. 21 zu § 7; Fröhler, Ludwig, Die Eintragung der GmbH&Co in die Handwerksrolle, GewA 69,265; vgl. auch Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 67 ff

Das Gesetz verlangt weiter, daß ein Inhaber die handwerklichen Voraussetzungen erfüllen muß. Deshalb wird auf die (tatsächliche) Ausgestaltung der Stellung des Betreffenden innerhalb der Gesellschaft in funktioneller und kapitalmäßiger Hinsicht Wert zu legen sein; keinesfalls geht es an, daß qualifizierte Personen nur als Strohmänner vorgeschoben werden. Die Stellung des technischen Leiters in funktioneller Sicht muß über die eines angestellten Betriebsleiters hinausragen. Auch darf die kapitalmäßige Beteiligung nicht zu gering sein; bei insgesamt zwei Teilhabern wird man eine mindestens 30 %ige Beteiligung verlangen müssen.¹ Das vereinbarte "Entgelt" kann sowohl nach seiner Höhe als auch nach der Art zur Beurteilung der Frage, ob ein echtes Gesellschaftsverhältnis vorliegt, herangezogen werden.²

Befugnisse und kapitalmäßiger Anteil am Unternehmen müssen in einem adäquaten Verhältnis zu der handwerksrechtlich entscheidenden Position des Leiters stehen. Ein Gesellschaftsvertrag wird daher dann in Zweifel zu ziehen sein, wenn dem qualifizierten Handwerker am Unternehmen nur geringfügige "Rechte" zustehen. Hieran ändert auch der Einwand des Nicht-Handwerkers nichts, er habe allein das gesamte Kapital zur Verfügung gestellt und könne daher dem handwerklich Qualifizierten nur minimale "Rechte" zugestehen. Dieser Einwand verkennt die Erwägungen, mit denen der Gesetzgeber das besondere Interesse der Gemeinschaft an der Erhaltung und Förderung des Handwerks begründet und die das Bundesverfassungsgericht in der Handwerksentscheidung als mit der Verfassung vereinbar gewürdigt hat: Danach liegt es im Sinne der Handwerksordnung dem Kapital keinen beherrschenden Einfluß auf das Handwerk zu geben, sondern statt dessen auf den qualifizierten Handwerker abzustellen. Im Vordergrund hat die persönliche handwerkliche Fähigkeit, das berufliche Können zu stehen. Wenngleich die früher zu beobachtende Vereinigung der Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit in einer Hand wegen des hohen Kapitalbedarfs in manchen Zweigen heute zur Bildung von Personengesellschaften (und Kapital-

1) So Honig, Leitung, GewA 67,97(98 FN 12)

2) Vgl. VG Berlin v. 21.12.66 GewA 67,207(207); VGH Bad.-W. v. 12.6.74 GewA 74,340(340)

gesellschaften) geführt hat, bei denen der eine Teilhaber das Kapital, der andere handwerkliches Sachwissen einbringt, so darf dies nicht in einen herrschenden Einfluß des Kapitals in dem Handwerksbetrieb ausarten, da ansonsten die Bestrebungen der Handwerksordnung und damit auch ihre Rechtfertigung ins Leere stoßen.

423. Das Betriebsleiterprinzip bei handwerklichen Nebenbetrieben

Aus dem gleichlautenden Wortlaut von Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 des § 7 HO läßt sich prima facie schließen, daß an den Betriebsleiter der juristischen Person bzw. des handwerklichen Nebenbetriebes gleiche Anforderungen zu stellen sind. Dies mag im Grundsatz zutreffen, jedoch wird man zusätzlich die untergeordnete Stellung des Nebenbetriebes im Gesamtbetrieb zu berücksichtigen haben, so daß auch die Position des (Neben-)Betriebsleiters im Gesamtbetrieb nicht so herausgehoben sein muß wie bei der juristischen Person.¹

Ebenso wie dort reicht hier die fachlich-technische Betreuung sämtlicher vorkommender Handwerkstätigkeiten aus;² eine bloße Nachkontrolle³ oder ein nur gelegentliches Eingreifen stellt keine "Leitung" dar.⁴

Da die fachliche Leitung des Nebenbetriebes genügt,⁵ kann die Gesamtverantwortung für den (Neben-)Betrieb beim Betriebsinhaber liegen.⁶

Wiederholt hat sich die Rechtsprechung mit der Frage beschäftigt, welche Zeit der Leiter für seine Tätigkeit aufwenden muß, ob er insbesondere ständig in dem von ihm zu betreibenden Handwerksbetrieb anwesen sein muß, oder ob er eventuell daneben einen eigenen Handwerksbetrieb führen oder sogar in einem anderweitigen Arbeitsverhältnis stehen kann.

1) So Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 19 zu § 7

2) Vgl. VG Kassel v. 26.4.61 GewA 62,136(136)

3) Vgl. hierzu VG Darmstadt v. 23.3.64 GewA 64,280(280)

4) So Honig, Leitung, GewA 67,97(98); ders., Noch einmal: Wann kann von einer ausreichenden Leitung des Handwerksbetriebes gesprochen werden?, GewA 73,177(177)

5) Vgl. OVG Münster v. 4.4.56 BB 56,673

6) Vgl. VG Koblenz v. 8.3.63 GewA 64,89(89)

Die Bedeutung dieses Problems wird deutlich, wenn man an die vielen kleineren handwerklichen Nebenbetriebe denkt, die einerseits zur Vervollkommenung des Angebots dem Hauptbetrieb angeschlossen sein müssen, die andererseits aber die volle Beschäftigung eines Meisters als Betriebsleiter aus wirtschaftlichen Gründen nicht zulassen. Die Frage, wann in diesem Sinne noch von einer ausreichenden Leitung des Handwerksbetriebes gesprochen werden kann, taucht aber in der Praxis nicht nur beim Leiter eines handwerklichen Nebenbetriebes, sondern auch beim Betriebsleiter von juristischen Personen und beim Handwerker-gesellschafter auf. Daher sollen hier nun zunächst die grundsätzlichen Anforderungen in zeitlicher Hinsicht, wie sie an einen Nebenbetriebsleiter gestellt werden müssen, aufgeführt und dann die Unterschiede zum Betriebsleiter einer juristischen Person bzw. zum Handwerker-gesellschafter aufgezeigt werden.

In Literatur und Rechtsprechung ist anerkannt, daß der Leiter eines handwerklichen Betriebes grundsätzlich nicht ständig in diesem Betrieb anwesend sein muß,¹ so daß die zeitweilige "Leitung" genügt. Hieraus folgt, daß diese Funktion auch nebenberuflich von dem Inhaber eines eigenen selbständigen Handwerksbetriebes² oder von Personen, die in einem anderweitigen unselbständigen Arbeitsverhältnis stehen,³ ausgeübt werden kann. Ob der in solchen Fällen benannte Betriebsleiter diese Funktion auch tatsächlich erfüllen kann, bedarf einer genauen Prüfung, bei der auch berücksichtigt werden muß, in welchem Maße er durch seine anderweitige Tätigkeit in Anspruch genommen wird.⁴ Zu beachten ist, daß die Höchstzeiten der Arbeitszeit nicht

1) Vgl. VG Kassel v. 26.4.61 GewA 62,136(136); VG Saarland v. 24.9.65 GewA 66,108(109); Honig, Leitung, GewA 67,97 (97); Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 62

2) Vgl. OVG Münster v. 4.4.56 BB 56,673(673) = GewA 58,70 LS = NJW 57,237(237 LS) = DVBl 57,281(281); VG Saarland v. 24.9.65 GewA 66,108(109); VGH Bad.-W. v. 12.6.74 GewA 74,340(340)

3) Vgl. VG Arnberg v. 9.7.70 GewA 71,12(12) a.A. VG Gelsenkirchen v. 29.5.69 GewA 69,227(227); VGH Bad.-W. v. 12.1.70 GewA 70,128(129)

4) Keine Leitung im Sinne der HO liegt vor, wenn die Tätigkeit in dem betreffenden Betrieb nur außerhalb der üblichen Arbeitszeit erfolgen kann (vgl. VG Düsseldorf v. 20.10.66 GewA 67,116(116))

überschritten werden dürfen.¹ Was weiter die faktischen Einwirkungsmöglichkeiten anbelangt, so wird man einen Meister, der z.B. bereits Berufs- oder gar Erwerbsunfähigkeitsrente bezieht oder alt und gebrechlich ist, nicht als Betriebsleiter anerkennen können.²

Neben den im Einzelfall gegebenen persönlichen Umständen stellt die Rechtsprechung auf die Eigenart des betreffenden Handwerkszweiges ab. So genügt nach einer Entscheidung des OVG Münster vom 4.4.56³ bei einem kleineren Fliesenlegerbetrieb die wöchentlich zweimalige Anwesenheit, soweit in dieser Zeit die notwendige Überprüfung und fachliche Leitung der anfallenden Arbeiten möglich ist. Diese Entscheidung begegnet insofern Bedenken, als es nicht vorstellbar erscheint, daß in diesem Fall noch von einer "Leitung" gesprochen werden kann, sondern es sich hier wohl nur mehr um eine bloße Nachkontrolle oder ein gelegentliches Eingreifen handelt. Zustimmung verdient dagegen ein Urteil des VG Arnsberg vom 9.7.70⁴, nach dem es die Eigenart des Friseurhandwerks erfordert, daß der Betriebsleiter zumindest den ganzen Tag über erreichbar und gegebenenfalls auch im Betrieb anwesend sein muß.⁵ Diesen Gesichtspunkt des Schutzes der Öffentlichkeit vor Gefahren scheint auch das VG Kassel⁶ vor Augen zu haben, wenn es zu Recht urteilt, daß die erforderliche fachlich-technische Leitung und Beaufsichtigung bei einem Nebenbetrieb des Elektroinstallateurhandwerks nicht mehr gewährleistet sei, wenn der Betriebsleiter jeweils eine ganze Woche die Betriebsleitung nicht ausübe.

Ausgangspunkt der Überlegungen hinsichtlich des notwendigen zeitlichen Aufwandes war, daß sämtliche Leiter grundsätzlich den gleichen Anforderungen genügen müssen; dieses Minimum aber je nach der Gefährlichkeit des jeweiligen Handwerks weiter hinausgeschoben werden muß. Nun ist zu fragen, welchen

1) Vgl. VG Köln v. 27.7.67 GewA 68,37(37)

2) Vgl. VG Oldenburg v. 23.5.67 GewA 67,225(225); VG Düsseldorf v. 27.6.68 GewA 69,38(39)

3) BB 56,673(673) = DVBl. 57,281(282)

4) GewA 71,12

5) Vgl. auch die positive Anmerkung zu diesem Urteil von Siegert in GewA 73,98(99)

6) U v. 26.4.61 GewA 62,136(136)

Einfluß die Größe des Betriebes auf die Anforderungen an den zeitlichen Aufwand eines Betriebsleiters hat. Hierbei erscheint es naheliegend, die Anforderungen mit der Größe des Betriebes zu steigern. Zu beachten sind aber auch hier die besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles. Handelt es sich um wirtschaftlich bedeutende Handwerksbetriebe, was sowohl für handwerkliche Nebenbetriebe als auch Handwerksbetriebe juristischer Personen zutreffen kann, so wird man an den "Betriebsleiter" einen strengeren Maßstab anzulegen haben. Hier wird es problematisch, den betreffenden Personen noch eine andere Tätigkeit zuzugestehen. Diese Grundsätze werden sich auch nicht regelmäßig auf den Handwerker-gesellschafter übertragen lassen, da diesem als Mitinhaber des Handwerksbetriebes (einer Personengesellschaft) eine von der Funktion eines bloßen Nebenbetriebsleiters wesentlich abweichende Rechtsstellung zukommt. Hier kann in der Regel davon ausgegangen werden, daß der (Mit-)Inhaber im Vergleich zum angestellten Betriebsleiter ein gesteigertes persönliches Interesse daran hat, den Betrieb in jeder Hinsicht zu fördern, so daß sich ein "starkes natürliches Engagement bei der Leitung und Überwachung"¹ ergibt. Die unterschiedliche Rechtsstellung des Handwerker-gesellschafters verlangt ceteris paribus höhere Anforderungen bezüglich des vom Leiter zu erbringenden zeitlichen Aufwandes; ob die unterschiedliche Interessenlage hierfür ein genügendes Stimulans darstellt, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls wird auch dieses Kriterium bei der Prüfung der Ernsthaftigkeit eines Gesellschaftsvertrages zu berücksichtigen sein.

1) So Honig, Leitung, GewA 67,97(98)

4. Kapitel

Die Löschung der Eintragung in der Handwerksrolle

1. Die Voraussetzungen der Löschung

11. Das Nicht-Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen

Nach § 13 Abs. 1 HO wird die Eintragung in der Handwerksrolle auf Antrag oder von Amts wegen gelöscht, "wenn die Voraussetzungen für die Eintragung nicht vorliegen."^{1.2}

Nach - soweit ersichtlich - übereinstimmender Auffassung bedeutet dies zunächst, daß die Löschung zu erfolgen hat, wenn die Eintragungsvoraussetzungen nicht mehr gegeben sind. Der Gewerbetreibende kann seinen Antrag auf Löschung in der Handwerksrolle damit begründen, daß er seinen Handwerksbetrieb laut Gewerbeabmeldung nach § 14 GewO aufgegeben habe, daß ein in der Positivliste aufgeführtes Handwerk, auch in seinem wesentlichen Teil, nicht mehr betrieben werde, daß sich der Handwerksbetrieb zu einem nicht-handwerklichen Betrieb, insbesondere zu einem Industriebetrieb entwickelt habe. Ohne daß ein Antrag auf Löschung seitens des Gewerbetreibenden gestellt wird, hat die Löschung von Amts wegen zu erfolgen, wenn nach der Aufnahme in die Handwerksrolle persönliche oder sachliche Eintragungsvoraus-

- 1) Antragsberechtigt sind (lediglich) der Gewerbetreibende und die Industrie- und Handelskammer (vgl. hierzu die Ausführungen bezüglich der Bindungswirkung der Handwerksrollen-Eintragung auf S. 24 ff). Letztere kann ihren Antrag lediglich darauf stützen, daß der Gewerbebetrieb nicht handwerksmäßig betrieben wird (§ 13 Abs. 2 HO). Die IHK kann also ihren Löschantrag nicht mit dem Fehlen anderer Eintragungsvoraussetzungen, etwa der Art, daß eine befristete Ausnahmewilligung abgelaufen sei, oder daß eine juristische Person oder eine Personengesellschaft nicht über einen qualifizierten Betriebsleiter bzw. einen Handwerker-Gesellschafter verfüge, begründen (vgl. hierzu auch VGH Bad.-W. v. 22.7.70 GewA 70, 274(275)). Das Recht der Antragstellung kann die IHK auch gegen den Willen des Gewerbetreibenden ausüben. - Eine ausdrückliche Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges gegen die Ablehnung des Löschantrages - wie gegen die Entscheidung über die Eintragung - sieht die Handwerksordnung nicht vor; man wird aber aus dem angeführten Antragsrecht, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Regelung beim gleichgelagerten Fall der Eintragung, auf die Klagebefugnis schließen können (vgl. VGH Bad.-W. v. 22.7.70 GewA 70, 274(275)). Die Klagebefugnis des Gewerbetreibenden bei abgelehntem Löschantrag oder bei Löschung von Amts wegen bedarf wegen der Generalklausel keiner Erörterung.
- 2) Im Interesse der Verwaltungskontinuität wurde die Möglichkeit der Löschung aber mit einer zeitlichen und sachlichen Sperre versehen, vgl. § 14 HO und die Ausführungen hierzu auf S.334 ff

setzungen weggefallen sind. Dies trifft etwa dann zu, wenn eine erteilte Ausnahmegewilligung ihre rechtliche Wirkung verliert, wenn nach dem Ausscheiden eines Leiters oder Handwerkergeesellschafters die gesetzliche Verpflichtung einer Neubestellung nicht erfüllt wird, wenn der eingetragene Gewerbetreibende stirbt und keine nach § 4 HO privilegierte Person den Handwerksbetrieb fortführt. Weiter gehören hierher die Fälle der rechtskräftigen Untersagung des eingetragenen Gewerbes.¹ (§§ 35 GewO, 70 StGB).

Nach Fröhler muß auch von Amts wegen gelöscht werden, "wenn der eingetragene Betrieb zwischenzeitlich die handwerksmäßige Struktur verloren und sich (etwa) zu einem Industriebetrieb entwickelt hat."² Dem kann nur bedingt gefolgt werden. Einer Handwerkskammer kann nicht zugemutet werden, die Vielzahl ihrer eingetragenen Betriebe ständig daraufhin zu überprüfen, ob noch die handwerksmäßige Betriebsform gegeben sei. Hierzu dürfte sie im Allgemeinen auch aus personellen Gründen nicht in der Lage sein. Zudem bleibt zu bedenken, daß die Grenzziehung zwischen Handwerk und Nichthandwerk auf große Schwierigkeiten stößt, deren Lösung oft erst nach langem Rechtsstreit feststeht. Mit Honig ist daher davon auszugehen, daß bezüglich des Kriteriums der Handwerksmäßigkeit die Eintragung in der Handwerksrolle solange nicht zu beanstanden ist, als kein Berechtigter die Löschung verlangt.³ Dies bedeutet nun wiederum nicht, und hier ist der Berührungspunkt mit der Ansicht von Fröhler, daß die Amtslöschung wegen Nicht-mehr-Vorliegens der Handwerksmäßigkeit auf keinen Fall vorgenommen werden muß, sondern: Wenn die Handwerkskammer zu der Überzeugung kommt, daß der Betrieb nicht mehr handwerksmäßig ausgeübt wird, dann muß die Löschung erfolgen; nur muß die Kammer nicht von sich aus ständig die Handwerksrolle daraufhin überprüfen.

1) Vgl. OVG Münster v. 14.6.61 Teilabdruck bei Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 244

2) Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 83

3) So Honig in: Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 2 zu § 13

Ansonsten besteht eine Amtspflicht zur Löschung; Ermessen ist der Handwerkskammer hier nicht mehr eingeräumt.¹ Eine Besitzstandswahrung, die einen Verbleib in der Handwerksrolle rechtfertigen sollte, gibt es nicht.² Daher muß nach Ablauf einer befristeten Ausnahmegewilligung die Löschung in der Rolle erfolgen,³ es sei denn, zwischenzeitlich würden andere Eintragungsvoraussetzungen (z.B. Meisterprüfung) gegeben sein. Im Lösungsverfahren ist nicht zu prüfen, ob gegebenenfalls die Voraussetzungen einer weiteren Ausnahmegewilligung vorliegen⁴ oder die Fortführungsbezugnis (ohne Bestellung eines Betriebsleiters) nach § 4 Abs. 2 S. 1 HO erteilt werden kann.⁵ Auch ist die Bindungswirkung einer Gewerbeuntersagung zu berücksichtigen; eine Rechtmäßigkeitskontrolle steht der Handwerkskammer nicht zu.⁶

Allerdings ist in der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in bestimmten Ausnahmefällen einer Löschung für eine gewisse Zeitspanne entgegenstehen kann.⁷ Dies

-
- 1) Vgl. statt vieler OVG Koblenz v. 29.6.70 GewA 70,277(277); VGH Bad.-W. v. 18.3.74 GewA 74,341(342); VG Düsseldorf v. 19.3.74 GewA 75,92(92)
 - 2) Vgl. BVerwG v. 28.9.71 GewA 72,155(155)
 - 3) Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerwG v. 28.10.60 GewA 61,45; v. 29.12.61 GewA 62,89(90); BayVGH v. 16.7.69 BayVBl. 70,105(106) = GewA 70,110(111); VGH Bad.-W. v. 30.6.71 GewA 71,210(211)
 - 4) Ständige Rechtsprechung, vgl. OVG Münster v. 17.4.67 GewA 67,229(229); HessVGH v. 1.2.70 GewA 71,57(57); VGH Bad.-W. v. 18.3.74 GewA 74,341(342)
 - 5) Vgl. VG Arnberg v. 15.10.70 Teilabdruck bei Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 244
 - 6) Vgl. OVG Münster v. 14.6.61 Teilabdruck bei Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 244
 - 7) Vgl. OVG Koblenz v. 29.6.70 GewA 70,277(277); OVG Münster v. 28.6.72 GewA 72,301(302); VG Düsseldorf v. 19.3.74 GewA 75,92(92). Das BVerwG läßt in seinem Beschluß vom 29.8.72 GewA 73,75(75) diese Frage jedoch "angesichts des Sinnes und Zweckes der genannten Vorschrift, die Öffentlichkeit vor Betrieben zu schützen, die nicht von handwerklich ausgebildeten Meistern geleitet werden", abschließend offen

trifft etwa für juristische Personen nach Ausscheiden des verantwortlichen technischen Leiters ihres Handwerksbetriebes zu oder für das Ausscheiden eines Nebenbetriebsleiters.¹ Hier wird die Handwerkskammer eine angemessene Frist zur Einstellung eines neuen qualifizierten Betriebsleiters zu setzen haben und nicht sofort nach Ausscheiden des früheren Betriebsleiters die Löschung vornehmen dürfen.²

In allen diesen Fällen war vorausgesetzt, daß die Eintragungsvoraussetzungen nachträglich entfallen sind. Es bedarf nunmehr der Erörterung, wie Fälle zu behandeln sind, bei denen die Handwerkskammer irrtümlich die Eintragungsvoraussetzungen als gegeben ansah, der Eintragungsakt also gegen materielles Recht verstieß.

Allgemein anerkannt ist hier, daß § 13 Abs. 1 HO auch diese Fälle mit erfaßt³: "Die Voraussetzungen können sowohl bei der Eintragung nicht vorgelegen haben als auch sich nach diesem Zeitpunkt derart geändert haben, daß sie nicht mehr sämtlich gegeben sind."⁴ Hieraus wird gefolgert, daß auch bei diesem Sachverhalt die Eintragung zu löschen sei.⁵

1) Wie Anm. 7 S. 329

2) Ebenso Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 83 f unter Hinweis auf OVG Koblenz v. 29.6.70

3) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 3 zu § 13; Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 5 zu § 13; Fröhler, Zur Eintragung, S. 43 f; Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 87 ff; Fröhler, Ludwig, Zur Löschung in der Handwerksrolle, GewA 71,145(147). Henke (Leitfaden, S. 62) führt in einer Aufzählung von Gründen für die Rücknahme einer Erlaubnis unter dem Stichwort "Fehlen der Voraussetzung ihrer Erteilung" beispielhaft den § 13 HO an; unter dem Stichwort "Wegfall der Voraussetzung ihrer Erteilung" findet sich diese Vorschrift dagegen nicht. Hier dürfte es sich allerdings um ein Versehen handeln, denn eindeutig betrifft § 13 HO (auch) Fälle letzterer Art.

4) Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, Anm. 5 zu § 13

5) Ganz eindeutig bei Siegert-Musielak, Anm. 3 zu § 13: "Bestehen die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle nicht, so ist die Eintragung zu löschen. Dabei ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Absatzes 1 kein Unterschied zu machen, ob bereits im Zeitpunkt der Eintragung die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt waren oder ob sie erst später weggefallen sind."

Unterschiedliche Auffassungen bestehen nun aber in der Literatur darüber,¹ ob in diesen Fällen der allgemeine Rechtsgrundsatz des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen sei, ob dieser eventuell einer Löschung entgegenstehen könnte.

Während Siegert-Musielak die Meinung vertreten, Erwägungen des Vertrauensschutzes des einzelnen auf die Rechtmäßigkeit und den Bestand der Entscheidung über die Eintragung könnten auch nicht in Fällen, in denen die Löschung zur Betriebsaufgabe zwingen würde, ein von der Vorschrift des Absatzes 1 abweichendes Ergebnis rechtfertigen, da die öffentlichen Interessen an der Leistungsfähigkeit und dem Leistungsstand des Handwerks den wirtschaftlichen Interessen des Gewerbetreibenden vorgingen,² steht Fröhler auf dem Standpunkt, daß die Löschung (von Amts wegen³) nicht in jedem Falle, sondern nur nach Maßgabe der Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechtes über die Rücknahme fehlerhafter sowohl

1) Die Rechtsprechung mußte sich mit diesem Problem - soweit ersichtlich - noch nicht befassen. Es ergingen zwar bereits Urteile zum Vertrauensschutz im handwerklichen Gewerbezulassungsrecht (vgl. VG Stuttgart v. 9.6.65 Teilabdruck bei Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 175ff; VGH Bad.-W. v. 11.9.59 GewA 59/60, 253ff), diese können aber nicht zur Argumentation herangezogen werden: Das Urteil des VGH Bad.-W. bezieht sich auf § 15 Abs. 2 GewO (das zuständige Landratsamt hatte eine Unbedenklichkeitserklärung abgegeben, und erst nach Intervention der Handwerkskammer die "Handwerklichkeit" des ausgeübten Gewerbes anerkannt) und das Urteil des VG Stuttgart betrifft einen Anspruch auf Eintragung in die Handwerksrolle. Die letzterem Sachverhalt innewohnende rechtliche Problematik (Vertrauensschutz bei zwingendem Rechtssatz !) ist zwar die gleiche wie hier, indessen gibt das Gericht diesbezüglich keine begründete Stellungnahme ab, sondern verneint einen Eintragungsanspruch - gestützt auf Vertrauensschutz - im konkreten Fall wegen mangelndem Vertrauenszustand. Die eigentliche Problematik wird also - ausdrücklich - offengelassen.

2) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 3 zu § 13

3) Bei Löschung auf Antrag (des Gewerbetreibenden) bedarf dieser keines (Vertrauens-) Schutzes

begünstigender als auch beschwerender Verwaltungsakte, erfolgen könne.^{1,2} Fröhler begründet seine Meinung damit, daß der Gesetzgeber, wenn er der Bestimmung des § 13 Abs. 1 HO die Bedeutung hat beimessen wollen, daß bei ursprünglichem Fehlen der Eintragungsvoraussetzungen die Eintragung unter allen Umständen zu löschen sei und in so entscheidenden Punkten von allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen abgewichen werden soll, dies in der gesetzlichen Formulierung unmißverständlich zum Ausdruck hätte bringen müssen.³

Die rechtliche Problematik der Auffassung von Fröhler liegt demnach darin, daß dieser eine Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze (hier: Vertrauensschutz) bei einem zwingenden Rechtssatz, wie ihn § 13 Abs. 1 HO darstellt, bejaht. Fröhler kann nicht gefolgt werden; sowohl Ergebnis als auch Begründung sind abzulehnen: Die Aussage des § 13 Abs. 1 HO geht unmißverständlich dahin, daß in allen Fällen, bei denen die Voraussetzungen der Eintragung nicht vorliegen, die Eintragung gelöscht werden muß. Nach dem Wortlaut der Vorschrift macht es mithin keinen Unterschied, ob die Voraussetzungen ursprünglich gegeben waren und nachträglich weggefallen sind, oder ob sie bereits ursprünglich nicht vorhanden waren. Der Gesetzesbefehl ist insoweit eindeutig. Angesichts dieser Tatsache bleibt für die Anwendung des Prinzips des Vertrauensschutzes kein Raum. Letztere Gesichtspunkte können nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Lehre nur dort greifen, wo keine gesetzlichen Regelungen bestehen.⁴ Nur in äußersten Fällen wird die

1) Vgl. Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 89

2) Entgegen Fröhler wird hier allerdings weiter davon ausgegangen, daß die Handwerksrollen-Eintragung als begünstigender Verwaltungsakt anzusehen ist. Die Erlaubnis beinhaltet zwar auch belastende Momente (z.B. Beitragspflicht), mit der herrschenden Meinung werden aber die rechtlichen Vorteile als überwiegend angesehen

3) Vgl. Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 90

4) Vgl. BVerwG v. 7.12.60 DVBl. 61,380(381); BVerwG v. 26.8.71 BVerwGE 38,290(295): "Den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts gehen ... besondere gesetzliche Regelungen vor."; Michel-Kienzle, a.a.O., Anm. 3 zu § 15; Wolff-Bachof, § 53 V d 2, S. 460

Möglichkeit für gegeben erachtet, den Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit höher zu werten als den der Rechtssicherheit, wie er in der Geltung des positiven Gesetzes in der Regel der Fälle zum Ausdruck kommt.¹ Das Bundesverfassungsgericht und ihm folgend der Bundesgerichtshof weisen diesbezüglich auf die Formulierung Radbruchs hin,² der hierzu folgendes ausführte: "Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat."³ Jene letzten Grenzen der Gerechtigkeit werden bei dem anstehenden Problem aber nicht überschritten. Das Prinzip des Vertrauensschutzes kann hier also nicht zur Anwendung gelangen. Da die Rücknahme durch Gesetz zwingend vorgeschrieben ist, besteht eine unbedingte Pflicht zur Rücknahme.⁴ Wegen der speziellen gesetzlichen Regelung bleibt kein Raum für die Anwendung dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes. Hätte der Gesetzgeber demgegenüber eine andere Regelung beabsichtigt, so hätte er dies unmißverständlich zum Ausdruck bringen müssen, denn im Jahre 1965, in dem anlässlich der Novellierung der Handwerksordnung, § 13 Abs. 1 HO in dieser Formulierung in das Gesetz aufgenommen wurde, kann ihm nicht verborgen geblieben sein, daß angesichts der gewählten Formulierung die Anwendung des Prinzips des Vertrauensschutzes ausgeschlossen sein würde. Entgegen Fröhler hätte angesichts des Wortlautes des § 13 Abs. 1 HO nicht der Ausschluß dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes, sondern gegebenenfalls dessen Anwendbarkeit ausdrücklich festgelegt werden müssen.

1) Vgl. BVerfG v. 18.12.53 BVerfGE 3,225(232)

2) Vgl. BVerfGE 3,225(232); BGH v. 29.1.57 BGHZ 23,175(181)

3) Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, Stuttgart 1963, S. 353

4) Dies stellt die herrschende Meinung im Verwaltungsrecht dar, vgl. Wolff-Bachof, § 53 V f, S. 465

Damit ergibt sich als Ergebnis, daß die Handwerkskammer bei (ursprünglichem) Nichtvorliegen der Eintragungsvoraussetzungen die Eintragung zu löschen hat und das Prinzip des Vertrauensschutzes dem nicht entgegensteht.¹ War die Eintragung in die Handwerksrolle durch Verschulden der Handwerkskammer vorgenommen worden, so kann der Gewerbetreibende gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) Schadensersatz erlangen.²

Zusammenfassend läßt sich festhalten: Bei Nichtvorliegen der Eintragungsvoraussetzungen ist die Eintragung in der Handwerksrolle zu löschen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Voraussetzungen ursprünglich vorgelegen haben und nachträglich entfallen sind, oder ob sie bereits ursprünglich nicht vorgelegen haben. Lediglich bei nachträglichem Wegfall der Voraussetzungen kann in Ausnahmefällen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Löschung entgegenstehen. Ansonsten besteht für die Handwerkskammer eine Amtspflicht zur Löschung.

12. Die Sperre des § 14 HO

Aus Gründen der Verwaltungsführung, insbesondere der Ökonomie der Verwaltung, hat der Gesetzgeber den Antrag auf Löschung - sowohl von seiten des Gewerbetreibenden als auch der Industrie- und Handelskammer - sowohl hinsichtlich seiner Zulässigkeit als auch seiner (materiellen) Begrün-

1) Dieses von der herrschenden Meinung im allgemeinen Verwaltungsrecht getragene Ergebnis begegnet allerdings insoweit Bedenken, als in der oberverwaltungsrechtlichen Rechtsprechung zu § 13 Abs. 1 HO anerkannt ist, daß der allgemeine Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit einer unmittelbaren Löschung nach Wegfall der Eintragungsvoraussetzungen entgegenstehen kann. Dogmatisch ist das Problem der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze bei zwingendem Rechtssatz somit noch unbefriedigend gelöst. (Vgl. hierzu - speziell zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit - die Kritik von Eberhard Grabitz (Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), 568(570))

2) Vgl. hierzu Siegert-Musielak, Anm. 3 zu § 13

detheit mit Einschränkungen versehen.^{1,2}

So ist nach § 14 HO ein Antrag auf Löschung, der sich auf die nunmehrige Nichthandwerklichkeit des Gewerbebetriebes stützt, erst nach Ablauf eines Jahres seit Eintritt der Unanfechtbarkeit oder der Erlangung der Rechtskraft³ zulässig. Dabei ist hinsichtlich des Fristbeginns auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Gewerbebetrieb in die Handwerksrolle eingetragen, also sein handwerklicher Charakter festgestellt wurde. Rechtsformänderungen, der Wechsel von Gesellschaftern oder des Betriebsleiters bleiben hierbei unberücksichtigt.⁴ Die Beachtung der Sperrfrist allein genügt nicht; zusätzlich müssen sich "die Voraussetzungen für die Eintragung wesentlich geändert haben" (§ 14 Abs. 1 HO). Ein zulässiger Löschantrag ist demnach dann begründet, wenn die angeführten (und der Wahrheit entsprechenden) Behauptungen den Schluß rechtfertigen, ja aufzwingen, daß der eingetragene Gewerbebetrieb nach seiner Gesamtstruktur die Handwerkseigenschaft verloren hat, er also offensichtlich nicht mehr als Handwerksbetrieb angesehen werden kann. Wann dies der Fall ist, richtet sich nach den Kriterien eines Handwerksbetriebes.⁵ Hier soll nur darauf hingewiesen werden, daß zwischenzeitlich vorgenommene betriebliche Rationalisierungsmaßnahmen⁶ ebensowenig eine wesentliche Änderung im Sinne des § 14 HO darstellen, wie die aus konjunkturellen Gründen notwendige zeitweise Einschränkung des Arbeitsprogrammes.⁷ Dagegen wird eine wesent-

1) Diese sind nach LVG Hannover v. 30.10.57 THwE nicht verfassungswidrig

2) Im Schrifttum ist umstritten, ob auch die Handwerkskammer bei Wegfall der Voraussetzung "Handwerksmäßigkeit des Gewerbebetriebes" die einjährige Sperrfrist zu beachten hat (verneinend: Siegert-Musielak, Anm. 2 zu § 14; bejahend: Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 85f). Die Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage noch nicht befaßt. Das Ergebnis von Fröhler verdient den Vorzug, da ein (unzulässiger) Antrag als Anregung umzudeuten wäre, die Handwerkskammer dann von Amts wegen tätig werden müßte und dadurch der Zweck der Regelung verfehlt würde.

3) Zutreffend weisen Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 14, darauf hin, daß wegen gleicher Interessenlage die Unanfechtbarkeit der Eintragung der rechtskräftigen Ablehnung eines Löschantrages gleichsteht

4) Vgl. VGH Bad.-W. v. 22.7.70 GewA 70,274(275)

5) Vgl. hierzu die Ausführungen im 2. Kapitel

6) Vgl. LVG Hannover v. 30.10.57 THwE

7) Vgl. Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 87

liche Änderung im Sinne des § 14 HO in einer Wandlung der Rechtsauffassung hinsichtlich der Bedeutung bestimmter Kriterien der handwerklichen Betriebsform zu sehen sein. Würde daher nach neuerer (nahezu herrschend gewordener) Rechtsauffassung eine Eintragung in die Handwerksrolle nicht mehr zulässig sein, so ist der Antrag begründet; der Betrieb ist zu löschen.¹ Daß die ersatzlose Streichung eines Gewerbes in der Positivliste als wesentliche Änderung aufzufassen ist, bedarf keiner näheren Erläuterung. Keine Anwendung findet § 14 HO², wenn die Voraussetzung "Handwerksmäßigkeit des Gewerbebetriebes" ursprünglich nicht gegeben war. Hier bedarf es nicht der Beachtung der Jahresfrist. Zudem entfällt die Anwendung des § 14 HO auch deswegen, weil die "Eintragungsvoraussetzungen" sich logischerweise nicht wesentlich geändert haben können: Wenn der Gewerbebetrieb ursprünglich kein Handwerksbetrieb war, dann könnte mit der Behauptung, er sei auch nunmehr kein Handwerksbetrieb, die Löschung nicht erreicht werden, da insofern die Tatbestandsmerkmale des § 14 HO nicht erfüllt sind; der Betrieb müßte demnach in der Handwerksrolle weitergeführt werden. Zu Recht hat das Bundesverwaltungsgericht aber in einer Entscheidung zu § 14 HO³ einen in diese Richtung gehenden Einwand der Handwerkskammer zurückgewiesen: Da nach den Feststellungen des BerufsgERICHTES der umstrittene Betrieb niemals Handwerksbetrieb gewesen sei und die Voraussetzungen der Rolleneintragung niemals vorgelegen hätten, stehe schon aus diesem Grunde § 14 HO dem Lösungsbegehren nicht entgegen.⁴ § 14 HO ist nach dieser Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nur für die Fälle einschlägig, bei denen die (sachlichen) Voraussetzungen der Eintragung nachträglich entfallen sind.

- 1) Vgl. OVG Münster v. 11.5.60 GewA 60,256(256); BayVGh v. 14.12.61 GewA 62,223(225); VG Frankfurt v. 10.12.63 GewA 64,129(129); ebenso Fröhler, Berufszulassungsrecht, S.87
- 2) Es sei nochmals darauf hingewiesen, daß die Sperre des § 14 HO auch bei der Löschung von Amts wegen besteht (vgl. FN 2 auf S. 335)
- 3) Die Entscheidung erging zwar zu § 13 HO 1953, durch die Novelle der Handwerksordnung im Jahre 1965 ergeben sich aber diesbezüglich keine Unterschiede
- 4) Vgl. BVerwG v. 6.12.63 GewA 64,106(106f)

2. Das Verfahren der Löschung

Auch für die Löschung in der Handwerksrolle sieht die Handwerksordnung ein förmliches Verfahren vor. So hat die Handwerkskammer nach § 13 Abs. 3 HO dem Gewerbetreibenden die beabsichtigte Löschung der Eintragung gegen Empfangsbescheinigung mitzuteilen. Diese Pflicht besteht wie bei der Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung unabhängig davon, ob die Löschung auf Antrag des Gewerbetreibenden, der Industrie- und Handelskammer, oder von Amts wegen erfolgen soll. Eine Mitteilung an die IHK über die (beabsichtigte oder/und vollzogene) Löschung ist wegen des Wortlautes des § 13 Abs. 3 HO und der vorliegenden Interessenlage nicht notwendig, selbst dann nicht, wenn der Gewerbetreibende dieser angehört. Eine Ausnahme hiervon liegt vor, wenn der Antrag auf Löschung von der IHK gestellt wurde; in diesem Fall ist deren Antrag selbstverständlich zu verbescheiden.

Wie die Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung nach § 11 HO stellt auch die Mitteilung über die beabsichtigte Löschung einen anfechtbaren Verwaltungsakt dar.¹ Dies gilt jedoch ebenso wie dort nur in denjenigen Fällen, bei denen in der Mitteilung der Handwerkskammer deren Löschungsabsicht klar zum Ausdruck kommt. Ist dieser Verwaltungsakt unanfechtbar geworden, so können grundsätzlich gegen den nachfolgenden Vollzug der Löschung nur mehr diejenigen Tatsachen und Einwendungen geltend gemacht werden, die nach Unanfechtbarkeit der Löschungsankündigung entstanden sind.² § 767 ZPO gelangt also hier ebenfalls zur Anwendung.³

Wegen § 80 Abs. 1 VwGO haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Mitteilung der beabsichtigten Löschung aufschiebende Wirkung.⁴ Dieser Suspensiveffekt entfällt jedoch,

1) Vgl. statt vieler OVG Münster v. 28.6.72 GewA 72,301(301)

2) Unterbleibt die Mitteilung über die beabsichtigte Löschung, so kann selbstverständlich gegen die Löschung selbst mit Rechtsmitteln vorgegangen werden.

3) Vgl. OVG Berlin v. 3.11.60 GewA 61,118(118f) mit Anm. von Fröhler. Das Urteil ist auch wiedergegeben in DÖV 61,513 (514)

4) Für den Fall der unterlassenen Mitteilung (über die beabsichtigte Löschung) haben Widerspruch und Aufrechnungsklage gegen die erfolgte Löschung gleichfalls aufschiebende Wirkung; damit ist ein Gewerbetreibender insoweit berechtigt, sein Handwerk auszuüben, ohne tatsächlich in der Handwerksrolle eingetragen zu sein

wenn die sofortige Vollziehung der Löschung im öffentlichen Interesse von der Handwerkskammer angeordnet wird.¹ Dieses besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung ist nach § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO grundsätzlich schriftlich zu begründen.² Eine Gefährdung der Öffentlichkeit bei weiterer Ausübung des Handwerks durch unqualifizierte Kräfte vermag die sofortige Vollziehung zu rechtfertigen.³

3. Die Wirkungen der Löschung

31. Keine Rückwirkung der Löschung

Die rechtlichen Wirkungen der Löschung treten grundsätzlich mit deren tatsächlicher Vornahme ein.⁴ Ebenso wie die Eintragung kann sie nicht mit rückwirkender Kraft vorgenommen

1) Vgl. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO

2) Vgl. VG Minden v. 13.12.63 GewA 64,225(225)

3) Vgl. VG Minden v. 13.12.63 GewA 64,225(225); VG Stuttgart v. 23.8.67 GewA 68,43(43); VG Stuttgart v. 15.10.69 GewA 70,36(37); OVG Lüneburg v. 19.7.74 GewA 75,27(29)

4) Ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Löschung erfolgt die eventuelle weitere Ausübung des Handwerks, soweit die Voraussetzungen des § 1 HO gegeben sind, grundsätzlich unberechtigt. Wer in der Handwerksrolle gelöscht wird, muß auch aus der einschlägigen Innung ausscheiden. (Ob es hierzu eines besonderen Ausschließungsaktes bedarf, ist zwar zweifelhaft, soll hier jedoch unerörtert bleiben; vgl. hierzu die angeführten Kommentare, sowie Fröhler, Ludwig; Dannbeck, Siegmund, Das Recht der Handwerksinnung, München 1959, S. 86.) Weiter entfällt die Zugehörigkeit zur Handwerkskammer mit den entsprechenden Rechten und Pflichten. Die Handwerkskarte ist an die Handwerkskammer zurückzugeben (§ 13 Abs. 4 HO). Dies gilt auch dann, wenn die Löschung wegen einer Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO erfolgt, vgl. OVG Münster v. 15.1.65 GewA 65,204. Die Aufforderung zur Rückgabe ist ein (anfechtbarer) Verwaltungsakt, vgl. VGH Bad.-W. v. 3.7.64 GewA 65,248; v. 18.3.74 GewA 74,341(342). Wird die Handwerkskarte nicht zurückgegeben, dann kann sie im Wege des Verwaltungszwanges eingezogen werden. Die Zwangsmittel sind vorher grundsätzlich anzukündigen (vgl. z.B. § 36 BayVwZVG) und haben in angemessenem Verhältnis zu ihrem Zweck zu stehen (vgl. z.B. § 29 Abs. 3 BayVwZVG). Gegen die Anordnung der Zwangshaft im Falle eines uneinbringlichen Zwangsgeldes bestehen nach einem Urteil des OVG Münster v. 15.1.65 GewA 65,204(206) "keine Bedenken". Wird die Handwerkskarte als verlorengegangen gemeldet, so ist sie in Anlehnung an den Grundgedanken der §§ 175,176 BGB für ungültig zu erklären (so Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 4 zu § 13).

werden.¹ Als einzige Ausnahme hiervon kann lediglich der Fall des Todes eines in der Handwerksrolle eingetragenen Handwerkers als zulässig angesehen werden. Hier soll die Eintragung mit dem Zeitpunkt des Ablebens des Handwerkers gelöscht werden können, da die "faktische und definitive Beendigung des Handwerksbetriebes eindeutig feststeht."² Diesem Ergebnis muß mangels Praktikabilität einer Löschung zu einem anderen Termin zugestimmt werden. Der Meinung von Siegert-Musielak,³ der sich auch Fröhler angeschlossen hat,⁴ daß in diesem Fall keine Durchbrechung des Grundsatzes, daß Eintragung und Löschung keine rückwirkende Kraft haben, vorliege, da die Löschung hier nur berichtigend wirke und die Eintragung in der Handwerksrolle nur den tatsächlichen Verhältnissen angepaßt werde, kann jedoch nicht gefolgt werden. Hier handelt es sich offensichtlich um eine Ausnahme von der Regel, daß der Eintragung und der Löschung in der Handwerksrolle keine rückwirkende Kraft zukommt.

32. Betriebsuntersagung und Betriebsschließung

Wer aufgrund der sachlichen Voraussetzungen in die Handwerksrolle eingetragen werden müßte, übt sein Handwerk, falls er tatsächlich nicht eingetragen ist, grundsätzlich unberechtigt aus. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Gewerbetreibende noch nicht oder nicht mehr in dem Verzeichnis geführt wird. Die Handwerksordnung enthält nun mehrere Möglichkeiten, nach denen gegen die unberechtigte Ausübung

1) A.A. VG Ansbach v. 20.5.66 GewA 66,275(276): zum Zeitpunkt des Antrages. Dem kann nur dann zugestimmt werden, wenn die effektive Löschung noch am Tag der Antragstellung vorgenommen wird

2) Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 92

3) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 5 zu § 6

4) Vgl. Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 92

eines Handwerks eingeschritten werden kann.¹ Das Instrumentarium setzt sich aus der behördlichen Untersagung,² der Schließung³ und der Verfolgung der unberechtigten Handwerksausübung als Ordnungswidrigkeit⁴ zusammen.

Nach § 16 Abs. 3 der 3. HwVO konnte die Fortsetzung eines entgegen den Vorschriften dieser Verordnung ausgeübten selbständigen Handwerksbetriebes polizeilich verhindert werden. Die HO 1953 enthielt eine solche Vorschrift nicht mehr. § 111 HO 1953 sah lediglich als Sanktion gegen eine Verletzung des § 1 HO 1953 eine Geldbuße vor. Daraufhin bildete sich eine wohl als herrschend zu bezeichnende Meinung, die den § 15 Abs. 2 GewO bei diesen Fällen für

1) In der Regel treten bei unberechtigter Handwerksausübung weitere Rechtsverstöße gegen andere Gesetze hinzu, sei es, daß das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verletzt wird (vgl. hierzu Achten, Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in der Praxis, GewA 60,223 und Walle, Bernhard, Vorschläge zu einer wirksameren Bekämpfung der Schwarzarbeit, GewA 68,49) oder sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen (Reichsversicherungsordnung, Arbeitsförderungsgesetz, Unfallversicherungsgesetz) oder steuerliche Normen (Reichsabgabenordnung, Gewerbesteuer-gesetz, Umsatzsteuergesetz) nicht beachtet werden; dies soll hier jedoch nicht weiter verfolgt werden. (Vgl. hierzu o.V., Schwarzarbeit - ein dunkles Kapitel, DHBf. 72,H.21, S. 23. Dort wird eine ausführliche Zusammenstellung gegeben.) Auch soll nur darauf verwiesen werden, daß sich die Diskussion zwischen Jürgen Peußner (Erfüllt unberechtigte Handwerksausübung den Tatbestand des § 147 Abs. 1 Nr. 1 GewO ?, GewA 64,241), Gerhart Honig (§ 147 Abs. 1 Nr. 1 GewO contra § 111 Abs. 1 Nr. 1 HwO, GewA 65,125) und Fritz Perkuhn (Die Frage der Anwendung des § 147 Abs.1 Nr. 1 GewO auf die unberechtigte Handwerksausübung, GewA 65,243) bezüglich der Anwendbarkeit des § 147 GewO a.F. durch die Neufassung des Gesetzes (durch G v. 13.6.74 (BGBl. I S. 1281)) erübrigt hat.

2) Vgl. § 16 Abs. 3 HO

3) Vgl. § 16 Abs. 4 HO

4) Vgl. § 117 Abs. 1 Nr. 1 HO

anwendbar hielt,^{1,2} so daß die Betriebsschließung unmittelbar durch polizeiliches Einschreiten erfolgen konnte. Der Gesetzgeber hat sich dann bei der Novellierung der Handwerksordnung im Jahre 1965 veranlaßt gesehen, dieses Problem dadurch zu klären,³ daß er eine entsprechende Vorschrift in die Handwerksordnung selbst aufnahm: Nach der in den Absätzen 3 und 4 des § 16 HO getroffenen Neuregelung kann die zuständige Behörde bei einer unberechtigten Handwerksausübung deren Fortsetzung untersagen⁴ und daran anschließend,⁵ als zwangsweisen Vollzug, die weitere Ausübung des (untersagten) "Gewerbes" durch Schließung der Betriebs- und Geschäftsräume oder durch andere geeignete Maßnahmen verhindern.

Die Konsequenzen der Neuregelung sind darin zu sehen, daß nunmehr Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Untersagungsverfügung aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO zukommt, während dies bei der bisherigen Vorgehensweise

-
- 1) Vgl. für das Land Nordrhein-Westfalen Erlaß des MfWuV v. 4.11.53, Bayern ME v. 25.6.54, Bad.-W. Rd.-Erl. v. 29.9.54 a.A. BMW Note an den MfWuV Schleswig-Holstein v. 3.4.54, MfWuV Schleswig-Holstein Erl. v. 8.4.54 und 13.9.54 (alle zitiert nach: Landmann, Robert von; Rohmer, Gustav; Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig, Gewerbeordnung, 1. Band, 11. Auflage, München Berlin 1956, Anm. 3 zu § 15, S.205)
 - 2) Weiter sprachen sich für die Anwendbarkeit des § 15 Abs.2 GewO auf die unberechtigte Handwerksausübung aus: Eyermann-Fröhler, Anm. III 4 zu § 1; Hartmann-Philipp, a.a.O., Anm. 6 zu § 1; Steffens, H., a.a.O., Anm. 8 zu § 1; Reuss, Handwerksrecht, Anm. zu § 111; Sieg-Leifermann, a.a.O., Anm. 4 zu § 15; Rohlfing-Kiskalt-Wolff, a.a.O., Anm. 2 zu § 15; Kröger, Günter, Die Anwendung der §§ 15 Abs. 2 und 35 Gewerbeordnung, GewA 65,73(73); Fliegauf, Harald, Die Behandlung von unerlaubt geführten Gewerbebetrieben aus der Sicht des Verwaltungsstreitverfahrens, GewA 64,121(123); OVG Münster v. 13.5.59 GewA 59,276(277); VGH Bad.-W. v. 11.9.59 GewA 59,253(253); BVerwG v. 15.7.60 DVBL. 60,777(777) = BB 60,916(916f) = NJW 60,1830(1830f) = BVerwGE 11,87(88f)
 - 3) Vgl. Ausschlußbericht 1965, II Nr. 15
 - 4) Damit wird der zuständigen Behörde aufgegeben zu verbieten, was eigentlich schon unerlaubt ist; dies läßt sich aber unter Hinblick auf die Schwierigkeiten der Abgrenzung des Handwerks vom Nichthandwerk vertreten
 - 5) D.h. nachdem die Untersagung unanfechtbar geworden ist, bzw. bei Anordnung des sofortigen Vollzugs unmittelbar danach

nach § 15 Abs. 2 GewO zumindest umstritten war¹: Aus der Verbindung der Absätze 3 und 4 des § 16 HO folgt zunächst, daß eine ausdrückliche Untersagung des Betriebes notwendig ist, ehe dessen weitere Fortsetzung durch Zwangsmaßnahmen verhindert werden kann und darf. Dies zwingt zu dem logischen Schluß, daß der Gesetzgeber trotz des Verbotes der unerlaubten Handwerksausübung (Negativschluß aus § 1 HO) und der Androhung einer Geldbuße gemäß § 117 Abs.1 HO, hier zunächst eine Untersagung einer unerlaubten Tätigkeit voraussetzt, und damit dem Gewerbetreibenden eine gewisse formale Rechtsposition einräumen will.² Da es sich hier dann nicht mehr um eine "angemaßte Rechtsposition" handelt, sondern diese durch Gesetz eingeräumt wurde, kommen Widerspruch- und Anfechtungsklage gegen die Untersagungsverfügung, die diese Rechtsposition schmälern will, aufschiebende Wirkung zu.³

Die Untersagung kann von Amts wegen oder auf Antrag der Handwerkskammer erfolgen (§ 16 Abs. 3 HO).⁴ Lehnt die Behörde einen diesbezüglichen Antrag ab, so steht der Handwerkskammer seit der Novelle der Handwerksordnung von 1965 hiergegen der Verwaltungsrechtsweg offen (§ 16 Abs. 3 S.2 HO). Damit hat sie die Möglichkeit, gerichtlich klären zu lassen, ob ein Gewerbetreibender den selbständigen Betrieb eines Gewerbes entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung ausübt, was nach den vorher geltenden Vorschriften "mit

- 1) Gegen aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage bei "angemaßter Rechtsposition": Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 13 zu § 15; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 12 zu § 80; Eyermann-Fröhler-Honig 1967, Anm. 10 zu § 16; Dannbeck, Siegmund, Anm. zu BayVGh v. 28.7.73, GewA 73,188(188) a.A. Redeker-von Oertzen, Anm. 11 zu § 80; Kopp, VwGO, Anm. 8 e zu § 80; Scholz, Georg, Suspensiveffekt nach § 80 Abs. 1 VwGO bei "angemaßter Rechtsposition", DVBl. 66,259
- 2) Im Ergebnis ebenso Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 10 zu § 16
- 3) Der gegenteiligen Auffassung von Siegmund Dannbeck (Anm. zu BayVGh v. 28.3.73, GewA 73,187(188)) kann daher nicht gefolgt werden
- 4) Dritte, insbesondere selbständige Handwerker, haben keinen Anspruch auf "Einschreiten" der Verwaltungsbehörde gegen unberechtigt ausgeübte Handwerksbetriebe, denn die Zulassungsvorschriften sind nicht im Interesse Einzelner geschaffen worden, sie betreffen nicht "dessen Angelegenheiten", mögen auch die wirtschaftlichen Interessen an der Untersagung des betreffenden Betriebes, insbesondere in Rezessionszeiten, gewichtig sein

Schwierigkeiten verbunden war".¹ Weitergehende Rechte wurden der Handwerkskammer nicht eingeräumt. Daher hat sie keinen Rechtsanspruch auf die Vornahme von Zwangsmaßnahmen.

Ist die Untersagungsverfügung unanfechtbar geworden oder wurde deren sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO angeordnet,^{2,3} so liegt es im pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltungsbehörde,⁴ den Betrieb zu schließen oder mit sonstigen geeigneten Maßnahmen dessen Fortsetzung zu verhindern. Als geeignete Maßnahmen im Sinne des § 16 Abs. 4 HO werden angesehen, die Sperrung und Versiegelung der Werkstatträume, zumindest aber der für die unbefugte Handwerksausübung benutzten Geräte und Maschinen,⁵ die Wegnahme von Werkzeugen und Maschinen, aber auch die Verhängung von Bußgeld.^{6,7}

1) So Ausschlußbericht 1965, II Nr. 15

2) Hierzu ist erforderlich, daß zu der unbefugten Handwerksausübung besondere Umstände hinzutreten. Diese sind bei gefahrengeneigten Handwerken regelmäßig gegeben; aber auch sonst kann Hartnäckigkeit und Uneinsichtigkeit des betroffenen Betriebsinhabers den sofortigen Vollzug im öffentlichen Interesse notwendig machen, vgl. VG Karlsruhe v. 25.7.62 GewA 63,60(60)

3) Diese Anordnung ist, worauf Siegert-Musielak, Anm. 18 zu § 16, zu Recht hinweisen, insbesondere dann mit vorsichtiger Zurückhaltung auszuüben, wenn die Frage der Handwerksmäßigkeit zwischen den Beteiligten umstritten ist. Angesichts der wirtschaftlichen Folgen wird man eine solche Anordnung nur dann für gerechtfertigt erachten dürfen, wenn an der Handwerksmäßigkeit keinerlei Zweifel bestehen

4) Die zuständige Behörde kann untersagen (§ 16 Abs. 3 HO). Dieses "Ermessen" wird durch die Amtspflicht der Verwaltungsbehörde eingeschränkt, die gesetzeswidrige Ausübung des Gewerbes zu verhindern, vgl. OVG Münster v. 5.5.59 GewA 59/60, 276(277). Vgl. auch die Ausführungen auf S. 344 ff

5) Vgl. BVerwG v. 9.9.61 GewA 62,216(216 LS); BVerwG v. 9.2.62 GewA 62,246(248)

6) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 13 zu § 16

7) Interessant der Beschluß des VGH Bad.-W. v. 13.10.72 GewA 73,56(56), wonach die Zulässigkeit der Zwangshaft trotz (allerdings in dem speziellen Fall unzureichender) Möglichkeit unmittelbaren Zwangs, bejaht wurde. Vgl. hierzu auch VG Ansbach v. 4.12.68 GewA 69,111(111)

Da es sich bei diesen Maßnahmen um die Vollstreckung der ergangenen Untersagungsverfügung handelt, sind die Möglichkeiten der Anfechtung eingeschränkt. Rechtsmittel sind nur mehr zulässig, soweit sie sich gegen die Art und Weise der Vollstreckung richten oder soweit sie mit Tatsachen und Einwendungen begründet werden, die erst nach Eintritt der Unanfechtbarkeit bzw. der Anordnung der sofortigen Vollziehung entstanden sind. Als solche Tatsachen und Einwendungen, die die Vollstreckung hemmen (und zu einer Eintragung in die Handwerksrolle unter Umständen von Amts wegen führen müssen), sind etwa die nachherige Ablegung der Meisterprüfung in dem relevanten Handwerk oder die Erlangung einer Ausnahmegewilligung durch den Betroffenen, anzusehen.

Der Gesetzgeber hat § 16 Abs. 3 HO zwar in Form einer Kann-Vorschrift gestaltet, trotzdem wird man aber grundsätzlich eine Amtspflicht der zuständigen Verwaltungsbehörde, die unberechtigte Handwerksausübung zu untersagen, annehmen müssen, denn nach der an Bedeutung herausragenden Norm der Handwerksordnung, des § 1 HO, ist die selbständige Handwerksausübung nur den in der Handwerksrolle Eingetragenen gestattet. Es wäre auch unlogisch bei Nichtvorliegen der Eintragungsvoraussetzungen eine unbedingte Löschungspflicht der Handwerkskammer festzulegen (§ 13 Abs. 1 HO), gleichwohl bei der Untersagung des nichteingetragenen Gewerbebetriebes aber eine Ermessensentscheidung anzunehmen. Es ergibt sich folglich die Amtspflicht der zuständigen Behörde, die rechtswidrige Handwerksausübung zu untersagen. Warum der Gesetzgeber die Untersagung nicht zwingend anordnete, sondern als Kann-Vorschrift gestaltete, erklärt sich nach Siegert-Musielak¹ damit, daß es Fälle gäbe, in denen der Gewerbetreibende die Voraussetzungen der Eintragung erfülle, und daher hier nicht die Untersagung der Fortsetzung des Betriebes, sondern die Eintragung in die Handwerksrolle von Amts wegen in Frage komme. Ob diese Fälle der formalen Rechtswidrigkeit, wo also die materiellen Eintragungsvoraussetzungen gegeben sind, den Gesetzgeber

1) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 11 zu § 16

zu seiner Entscheidung veranlaßt haben, kann dahingestellt bleiben, zumal diese Begründung nicht ausreicht, weil auch im Falle einer Muß-Vorschrift es nicht zu einer Untersagungsverfügung zu kommen bräuchte, denn § 10 Abs.1 HO ist - mit Fröhler¹ - als lex specialis gegenüber § 16 Abs. 3 HO aufzufassen, so daß der Rechtsordnung mit der Eintragung Genüge getan wäre. Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß bei Vorliegen sämtlicher (materieller) Eintragungsvoraussetzungen für eine Untersagungsverfügung nach § 16 Abs. 3 HO kein Raum bleibt, da der Gewerbetreibende in diesem Fall von Amts wegen in die Handwerksrolle einzutragen ist.²

Von größerer Bedeutung sind in der Praxis die Fälle der materiellen Rechtswidrigkeit, wo also die (persönlichen) Voraussetzungen für die Eintragung nicht (nicht mehr oder noch nicht) gegeben sind. Hier vertreten Siegert-Musielak³ die Meinung, daß die Verwaltungsbehörde die Amtspflicht habe, den Betrieb zu untersagen und für eine abweichende Ermessensentscheidung dann kein Raum mehr sei. Dies kann als Richtschnur, als Regel gelten, d.h. es ist davon auszugehen, daß unbefugt ausgeübte Handwerksbetriebe zu untersagen sind.⁴ Nun gibt es aber Grenzfälle, bei denen die zuständige Verwaltungsbehörde besondere Erwägungen vornehmen müssen: In sehr engen Ausnahmefällen dürfte eine Betriebsuntersagung unter dem Gesichtspunkt des Übermaßverbotes nicht rechtmäßig sein. Wann dies zutrifft kann nicht generell entschieden werden, sondern ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Am ehesten wird man eine Betriebsuntersagung als übermäßig anzusehen haben, wenn

1) Fröhler, Berufszulassungsrecht, S. 100; ebenso Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 11 zu § 16 a.A. OVG Münster v. 31.5.61 GewA 62,172(173)

2) H.M., vgl. Eyermann-Fröhler-Honig 1973, Anm. 11 zu § 16; Siegert-Musielak, Anm. 11 zu § 16; Fliegau, H., a.a.O., GewA 64,121(122) a.A. OVG Münster v. 31.5.61 GewA 62, 172(173); Rohlfing-Kiskalt-Wolff, a.a.O., Anm. 2 zu § 15

3) Vgl. Siegert-Musielak, Anm. 11 zu § 16

4) Vgl. VGH Bad.-W. v. 9.12.64 GewA 66,62(63); v. 9.6.71 GewA 73,160(161) a.A. VGH Bad.-W. v. 25.3.70 GewA 70, 249(252). Hiernach soll die Untersagung zwar im Ermessen der Behörde stehen, jedoch sollen die Erwägungen der Behörde grundsätzlich nicht in der Verfügung darzulegen sein, da die Untersagung einer gesetzwidrigen Handwerksausübung regelmäßig rechtmäßig sei

die (erfolgreiche) Ablegung der Meisterprüfung unmittelbar bevorsteht oder wenn die Ausnahmegewilligung voraussichtlich umgehend erteilt werden wird. Eine Ausdehnung der Ausnahmen ist allerdings abzulehnen, denn jeder Gewerbetreibende hat sich über die für sein Gewerbe geltenden gesetzlichen Regelungen zu informieren; zudem ist das Erfordernis des Befähigungsnachweises im Handwerk allgemein bekannt, so daß die wirtschaftliche Schädigung im Fall einer Betriebsuntersagung nicht ausschlaggebend sein kann, zumal der Geschädigte sie selbst zu vertreten hat.

Betrachten wir nun den Regelungsgegenstand einer Untersagungsverfügung. Wie sich auch Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 16 Abs. 3 HO ergibt, entspricht diese Vorschrift der Regelung des § 15 Abs. 2 GewO. Gemäß dieser Norm kann lediglich die Fortsetzung des konkreten Betriebes verhindert werden. Dies gilt daher, wofür nicht zuletzt auch der eindeutige Wortlaut des § 16 Abs. 3 HO und der Zusammenhang mit § 16 Abs. 4 HO sprechen, ebenso für die Untersagungsverfügung nach der Handwerksordnung.¹ Damit unterscheiden sich die nach § 16 HO (und § 15 Abs. 2 GewO) zulässigen Maßnahmen von denjenigen des § 35 GewO. Aufgrund letztgenannter Vorschrift wird die Gewerbeart, der der einzelne Betrieb zuzuordnen ist, untersagt,² nach der Handwerksordnung (§ 16) kann dies aber nur für den konkreten Betrieb erfolgen. Würde daher eine Verfügung nach § 16 Abs. 3 HO die Ausübung eines Gewerbes schlechthin verbieten, so käme dies materiell einer Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO gleich; damit hätte die Verwaltungsbehörde die Ermächtigung nach § 16 Abs. 3 HO überschritten und die Verfügung wäre rechtswidrig.³ Es bedarf hier aber der Anmerkung, daß

- 1) Vgl. VGH Bad.-W. v. 9.6.71 GewA 73,160(160); BVerwG v. 22.9.70 GewA 71,260(260)
- 2) Vgl. Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen, Rd.-Nr. 61 zu § 35
- 3) Zuständig für die Untersagung sowohl nach § 35 GewO als auch nach § 16 HO sind in Bayern die Kreisverwaltungsbehörden (vgl. § 2a bay.1.ZustVGewO bzw. § 1 bay. 2. ZustVHandwO). Bevor das G zur Änderung der Gewerbeordnung vom 13.2.74 (BGBl. I S. 161) in Kraft trat, war gemäß der zuvor geltenden Bestimmung (§ 35 Abs. 8 GewO a.F.) die höhere Verwaltungsbehörde zur Untersagung nach § 35 GewO zuständig. Hätte demnach eine untere Verwaltungsbehörde ein Gewerbe untersagt, so wäre der Verwaltungsakt auch wegen funktioneller Unzuständigkeit rechtswidrig gewesen. (Zur damaligen Rechtslage vgl. BVerwG v. 22.9.70 GewA 71,260(260))

als "Betrieb" im Sinne des § 16 HO nicht nur ortsfeste Betriebsstätten - Büro und Werkstatt - gemeint sind, sondern jede organisatorisch zusammenhängende, von einem geschäftlichen Mittelpunkt aus ausgeübte handwerkliche Tätigkeit.¹ Daß diese Auffassung richtig sein muß, ergibt sich daraus, daß ansonsten diese Vorschrift bei einigen Handwerksarten, wie z.B. dem Maler- und Lackierer-, dem Raumausstatter-, dem Dachdeckerhandwerk leerlaufen würde, da diese Handwerke ohne Werkstatt ausgeübt werden können. Dies entspricht aber nicht der Intention des Gesetzes. Um nun aber dennoch die Grenze zur Untersagung nach § 35 GewO zu wahren, ist mit dem VGH Bad.-Württemberg² zu fordern, daß in solchen Fällen der organisatorische Mittelpunkt des zu schließenden Betriebes in der Verfügung in geeigneter Weise gekennzeichnet wird.

33. Die unberechtigte Handwerksausübung als Ordnungswidrigkeit

Neben Betriebsuntersagung und Betriebsschließung sieht die Handwerksordnung als weitere Möglichkeit die unberechtigte Handwerksausübung zu unterbinden, die Verhängung von Geldbußen vor. Nach § 117 Abs. 1 Nr. 1 HO handelt ordnungswidrig, wer entgegen § 1 HO ein Handwerk als stehendes Gewerbe betreibt. Zuständig für den Erlass von Bußgeldbescheiden ist nach § 36 OWiG die fachlich zuständige oberste Landesbehörde. Nach § 36 Abs. 2 OWiG kann diese Zuständigkeit durch Rechtsverordnung auf eine andere Behörde oder sonstige Stellen übertragen werden. Die Landesregelungen haben hiervon Gebrauch gemacht.³

Die Handwerkskammern sind darauf beschränkt, die Einleitung eines Bußgeldverfahrens anzuregen. Kommt die zuständige Verwaltungsbehörde dieser Anregung nicht nach, so kann sich

1) Vgl. VGH Bad.-W. v. 14.6.71 GewA 71,260(260)

2) Vgl. VGH Bad.-W. v. 14.6.71 GewA 71,260(260)

3) So sind in Bayern nach § 1 der Verordnung über Zuständigkeiten im Ordnungswidrigkeitenrecht v. 27.7.1971 (GVBl. S. 260) die Kreisverwaltungsbehörden zuständig

die Handwerkskammer lediglich beschwerdeführend an die vorgesetzte Staatsbehörde wenden. Der Weg zu den Gerichten ist nicht eröffnet; die Handwerkskammer wird durch die Unterlassung eines Bußgeldverfahrens nicht in ihren Rechten verletzt, auch wird ihr durch die Handwerksordnung keine Klagebefugnis eingeräumt.

Voraussetzung für eine Verfolgung ist die Ausübung eines Handwerks als Gewerbe¹ ohne entsprechende Eintragung in die Handwerksrolle. Die fehlende Handwerksrollen-Eintragung stellt somit ein Tatbestandsmerkmal dar. Entscheidend kommt es dabei darauf an, ob die Eintragung vorhanden ist oder von Amts wegen hätte vorgenommen werden müssen. Das bedeutet, daß dieses Tatbestandsmerkmal auch dann erfüllt ist, wenn ein Antrag auf Ausnahmegewilligung läuft und angenommen werden kann, daß ihm entsprochen wird.² Insoweit wirkt die Eintragung in die Handwerksrolle konstitutiv.³

Die Ordnungswidrigkeit des § 117 Abs. 1 Nr. 1 HO setzt nach dem Grundsatz des § 10 OWiG Vorsatz voraus, da in der einschlägigen Vorschrift der Handwerksordnung nichts anderes bestimmt ist. Was hierbei unter Vorsatz zu verstehen ist, legt das Gesetz nicht fest. Dies ergibt sich aber wohl aus der Umkehrung der Irrtumsregelung des § 11 Abs. 1 OWiG. Wesentlicher Inhalt des Vorsatzes ist danach die Kenntnis der Tatbestandsmerkmale.⁴ Ausgeschlossen wird der Vorsatz durch einen Irrtum über Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören (Tatbestandsirrtum). Die Rechtswidrigkeit gehört, wie sich aus § 11 Abs. 2 OWiG schließen läßt, nicht zum gesetzlichen Tatbestand des § 11 Abs. 1 OWiG. Das fehlende Bewußtsein der Rechtswidrigkeit schließt also den Vorsatz nicht aus.⁵ Beruht der Irrtum darauf, daß der

- 1) An die "Gewerbsmäßigkeit" sind dabei geringe Anforderungen zu stellen, vgl. OLG Karlsruhe v. 3.4.62 GewA 63, 35(35)
- 2) Vgl. OLG Hamburg v. 13.2.57 THwE; OLG Köln v. 31.10.58 THwE= MDR 59,146
- 3) A.A. für die Fälle des § 119 HO: BayObLG v. 24.8.65 GewA 66,89(89f); dieser Meinung kann jedoch aus den oben auf Seite 20 ff dargelegten Gründen nicht gefolgt werden
- 4) So Rotberg, Hans, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Auflage, Berlin Frankfurt/M. 1969, Anm. 3 zu § 5
- 5) A.A. wohl AG Waiblingen v. 22.2.67 GewA 68,61(62)

Täter das Bestehen oder die Anwendbarkeit einer Rechtsvorschrift nicht kennt (Verbotsirrtum), so begeht er dennoch eine Ordnungswidrigkeit, wenn er den Irrtum vermeiden konnte (§ 11 Abs. 2 OWiG).

Ein nicht vermeidbarer Normenirrtum im Bereich des § 117 Abs. 1 Nr. 1 HO scheidet aus. Kein Gewerbetreibender, der ein Handwerk als stehendes Gewerbe betreibt, kann sich darauf berufen, er wisse nicht, daß ohne Handwerksrollen-Eintragung die Ausübung einer handwerklichen Tätigkeit verboten sei, denn jeder Gewerbetreibende muß sich allgemein die Kenntnis der für seinen Tätigkeitsbereich maßgebenden Vorschriften verschaffen¹; es besteht also eine Unterrichtspflicht. Diese entfällt nur dann, wenn die Umstände bei verständiger Betrachtung keinen Anlaß zu der Annahme bieten, daß einschlägige Vorschriften verletzt werden könnten oder wenn eine vorherige Erkundigung im Einzelfall ausnahmsweise unzumutbar ist.² Beide Ausnahme treffen hier aber nicht zu. Durch Gleichgültigkeit verursachte Rechtsunkenntnis muß dem Täter schaden.³ Auf die Unkenntnis der einschlägigen Paragraphen der Handwerksordnung bzw. deren Zielrichtung kann sich daher niemand berufen. Ein Verbotsirrtum in der Gestalt eines Normenirrtums wird bei § 117 Abs. 1 Nr. 1 HO stets vermeidbar sein.

Von größerer Bedeutung dürften diejenigen Fälle sein, bei denen zwar Kenntnis über die einschlägigen Vorschriften besteht, es aber zu Irrtümern über die rechtliche Tragweite der Tatbestandsmerkmale kommt. Hierher gehören u.a. die Probleme Handwerksbetrieb/Industriebetrieb, gewerblich/nicht-gewerblich, wesentlicher/unwesentlicher Teil eines Handwerks. Irrt sich der Gewerbetreibende "bei der Anwendung der Vorschrift", so ist es schwierig, anzugeben, ob es sich um einen Tatbestandsirrtum oder einen Verbotsirrtum handelt,

1) Vgl. allgemein BGHSt. 4,242; BGHSt. 5,289; BGHSt. 21,18; OLG Koblenz v. 6.3.75 GewA 75,201(202)

2) Vgl. OLG Köln v. 8.6.54 BB 54,576(576)

3) So Rotberg, H., a.a.O., Anm. 10 zu § 6

denn die Grenze ist bei diesen normativen Tatbestandsmerkmalen unscharf.¹ Andererseits ist die Unterscheidung aber von Bedeutung, denn der Tatbestandsirrtum ist - im Gegensatz zum Verbotsirrtum - vorsatzausschließend, so daß gegebenenfalls keine Ordnungswidrigkeit vorliegt. Ob die Unkenntnis vermeidbar war oder nicht, spielt beim Tatbestandsirrtum keine Rolle, entscheidet aber beim Verbotsirrtum über die Vorwerfbarkeit. Mit dem OLG Hamburg,² das über einen Irrtum über den Begriff des stehenden Gewerbes in § 14 GewO zu urteilen hatte,³ soll hier ein Subsumtionsirrtum vorliegen. Er berührt den Vorsatz nicht und wird als Verbotsirrtum angesehen. Damit liegt bei mangelndem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in den erwähnten Fällen nur dann eine Ordnungswidrigkeit vor, wenn dieser Mangel vermeidbar ist. Dabei muß davon ausgegangen werden, daß sich der Bürger im Zweifel über eine bestehende Rechtslage zu informieren hat,⁴ wobei an diese Erkundigungspflicht strenge Maßstäbe anzulegen sind.⁵ Dieser Erkundigungspflicht kann durch Nachlesen in den verschiedenen Kommentaren genügt werden. Sind die Zweifel nicht behebbar, so wird die Einholung von Rechtsauskünften erforderlich. Dabei fragt sich nun, wie es rechtlich zu beurteilen ist, wenn der Gewerbetreibende eine falsche Auskunft erlangt und hierauf vertraut. Die Entscheidung hängt davon ab, ob er die Auskunftsstelle für kompetent halten durfte.⁶ Verläßt sich der Gewerbetreibende auf die

-
- 1) Vgl. allgemein Leipziger Kommentar, Anm. A bzw. B zu § 59, Anm. 6 zu § 284, Anm. VIII zu § 356; Welzel, H., a.a.O., S. 164 ff, 391; Petters-Preisendanz, a.a.O., Anm. 16 zu § 59, Anm. 6 zu § 284, Anm. 4 zu § 356; Dreher, E., a.a.O., Anm. 3, 4 zu § 59, Anm. 3 zu § 284
 - 2) VRS 25, 107; vgl. auch OLG Düsseldorf VerkMitt 60, 19 (zitiert nach Dreher, E., a.a.O., Anm. D 4 zu § 59)
 - 3) Dem erwähnten Urteil des OLG Düsseldorf lag ein Fall zugrunde, bei dem ein Fahrer seinen Leichenwagen irrig nicht für einen Lastkraftwagen hielt; auch dort wurde Subsumtionsirrtum angenommen
 - 4) Vgl. BGH v. 27.1.66 GewA 67, 46(46)
 - 5) Vgl. BGH v. 27.1.66 GewA 67, 46(46) unter Hinweis auf BGHSt. 2, 201; 4, 5; 5, 284, 289
 - 6) Vgl. AG Waiblingen v. 22.2.67 GewA 68, 61(62); BGHSt. 5, 118; vgl. für den Fall der Beratung durch einen Rechtsanwalt BayObLG v. 5.8.64 NJW 65, 163(164); BGHSt. 21, 21 oder durch sonstige Juristen BGHSt. 5, 118; BGHSt. 20, 372; OLG Hamburg v. 12.10.66 NJW 67, 213(214)

Auskunft eines privatrechtlichen beruflichen Interessenverbandes, dann liegt kein unverschuldeter Verbotsirrtum vor, denn bei diesen kann "nicht immer die nötige Objektivität in den die Interessen ihrer Mitglieder - oder solcher, die es werden wollen - betreffenden Angelegenheiten vorausgesetzt werden."¹ Noch eindeutiger ist die Rechtslage, wenn die zuständige Behörde (gemeindliche Gewerbebehörde, Landratsamt, Handwerkskammer) ausdrücklich auf das Verbot hinwies.² Umstritten ist dagegen, ob ein vorwerfbarer Verbotsirrtum angenommen werden kann, wenn kompetente Behörden in ihren Auskünften unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten.³ Unterläßt der Gewerbetreibende die gebotene Einholung einer Auskunft, so kann er sich nicht darauf berufen, daß er eine seinem Vorhaben nicht entgegenstehende Auskunft erhalten haben würde.⁴

1) BayObLG v. 23.6.59 GewA 62,94(94)

2) Vgl. OLG Celle v. 23.9.62 GewA 64,261(261); BayObLG v. 28.11.57 THwE

3) Vgl. OLG Saarbrücken v. 3.2.60 GewA 61,236 mit ablehnender Anmerkung von Fröhler

4) Vgl. BGHSt. 21,21; weitere Nachweise bei Strauß a.A. Strauß, Dieter, Verbotsirrtum und Erkundigungspflicht, NJW 69,1418(1419): "Vorgeworfen werden kann ... dem Täter auch im Bereich des Verbotsirrtums nicht die Unterlassung einer Nachfrage schlechthin, sondern nur einer sinnvollen Erkundigung, einer Erkundigung nämlich, die den Irrtum beseitigt (den Erfolg abgewendet) hätte ... Denn das Unterbleiben der Erkundigung ist für den Fortbestand des Irrtums - und damit für die im Verbotsirrtum begangene Straftat - nur dann ursächlich, wenn die zumutbare Nachfrage zur Beseitigung des Irrtums geführt hätte Die neuere Rechtsprechung verzichtet aber auf diesen Nachweis ..."

Literaturverzeichnis

- Aberle, Hans-Jürgen, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie im Maschinenbaugewerbe, GewA 1970, S. 156
- Achten, o.V., Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in der Praxis, GewA 1960, S. 223
- Bachof, Otto, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Tübingen 1963
- Baudisch, Roman, Zum Begriff des handwerklichen Nebenbetriebes, GewA 1965, S. 217
- Bauer, Max; Meibom, Hanspeter, Gewerbezulassung in der britischen Zone, Zusammenstellung für die Praxis, Düsseldorf 1949 (zitiert: Bauer-Meibom)
- Becker, Hans Georg, Die Gewerbefreiheit und ihre Beschränkungen seit 1945, Diss. Marburg 1952
- Becker, Hans Joachim, Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte und Rückforderung ohne Rechtsgrund gewährter Leistungen, DÖV 1973, S. 379
- Becker, Hans Joachim, Verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Eintragung in die Handwerksrolle, DÖV 1955, S. 208
- Bennemann, Otto, Die Betriebsstruktur als maßgebliche Bewertungsgrundlage für die Eintragung von Betrieben in die Handwerksrolle, Diss. Köln 1934
- Bernhardt, Rudolf, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, S. 302
- Bernhardt, Wolfgang, Die Zugehörigkeit nichthandwerklicher Nebenbetriebe zur Industrie- und Handelskammer, GewA 1959/60, S. 97
- Bibliographie des Handwerks und Gewerbes, hrsggb. vom Seminar für Handwerkswesen an der Universität Göttingen, jeweiliges Jahresverzeichnis
- Böttger, Hugo, Geschichte und Kritik des neuen Handwerker-gesetzes, Florenz Leipzig 1898
- Boldt, Gerhard, Gewerbeordnung und gewerberechtliche Nebengesetze, Münster/Westfalen 1949
- Bonz, Gerhard, Zur Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft über verwandte Handwerke vom 18.12.1968, GewA 1969, S. 73
- Britze, Hans-Henning, Rechtskriterien des Handwerksbetriebes in gewerberechtlicher Hinsicht, Diss. Münster/Westfalen 1962

- Büttner, Erhard, Die Eintragung von Vertriebenen und Heimatvertriebenen, Sowjetzonenflüchtlingen, Aussiedlern und heimatlosen Ausländern in die Handwerksrolle, GewA 1966, S. 265
- Buhren, Gert Dieter, Der gerichtliche Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte mit drittbelastender Doppelwirkung, Diss. Münster 1973
- Burkhard, Wolfgang, Die Wandlungen in der inneren Struktur des Handwerks seit dem Ende des 19. Jahrhunderts, Diss. Bonn 1954
- Fuschatski, Wolf-Dieter, Die Zulassung zum selbständigen Betrieb eines Handwerks, Diss. Würzburg 1955
- Ghesi, Valentin, Strukturen und Funktionen der Handwerksorganisation in Deutschland seit 1933, Diss. Berlin 1966
- Creifelds, Carl, Rechtswörterbuch, München 1973
- Dannbeck, Siegmund, Anmerkung zu BayObLG v. 24.8.1965, GewA 1966, S. 90
- Dannbeck, Siegmund, Die neue Handwerksordnung, BayVBl. 1966, S. 73
- Dannbeck, Siegmund, Nochmals: Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, GewA 1972, S. 61
- Dannbeck, Siegmund, Anmerkung zu BayVGh v. 28.3.1973, GewA 1973, S. 188
- Dannbeck, Siegmund, Ausnahmegewilligung nur zur Eintragung in die Handwerksrolle ?, GewA 1973, S. 228
- Debus, Wilhelm, Der Begriff des Handwerks, entwickelt an den Erscheinungsformen des heutigen deutschen Handwerksbetriebes, Diss. Frankfurt 1940
- De Clerck, Hans, Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, DÖV 1964, S. 152
- Demme, Helmut, Die Stellung des Gaststätten-Nachbarn im Prozeß, GewA 1970, S. 145
- Denkschrift des deutschen Handwerks- und Gewerbeamtstages, "Fabrik und Handwerk", Krefeld 1909
- Denkschrift des deutschen Handwerks- und Gewerbeamtstages, Die Entwicklung der Frage Fabrik und Handwerk, Hannover 1926 (zitiert: Denkschrift 1926)
- Deppenbrock, Johannes, Zur Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle, BB 1962, S. 1063

- Deutscher Handwerks- und Gewerbekammertag, Neue Entscheidungen deutscher Verwaltungsbehörden über die Zugehörigkeit gewerblicher Betriebe zur Handwerksorganisation, Hannover 1930 (zitiert: Neue Entscheidungen)
- Disch, o.V., Die Ausnahmegewilligung im Handwerk, DVBl. 1954, S. 78
- Dohrn, Max-Jürgen, Anmerkung zu OVG Berlin v. 27.5.1957, GewA 1957/58, S. 109
- Dohrn, Max-Jürgen, Der Begriff des handwerklichen Nebenbetriebes nach der Handwerksordnung, DB 1960, S. 1090 (zitiert: Dohrn, Nebenbetrieb)
- Dohrn, Max-Jürgen, Die Ausübung von Teilhandwerken und die Handwerksordnung, DÖV 1959, S. 530
- Dohrn, Max-Jürgen, Über die Zuordnung eines Gewerbebetriebes zum Handwerk oder zur Industrie, BB 1961, S. 506 (zitiert: Dohrn, Abgrenzung)
- Dohrn, Max-Jürgen, Zur Auslegung der in der Anlage A zur Handwerksordnung enthaltenen Berufsbezeichnungen, GewA 1968, S. 3
- Dohrn, Max-Jürgen, Zur Feststellung des Berufsbildes, DHBl. 1971, Heft 8, S. 13
- Dreher, Eduard, Strafrecht, 32. Auflage, München 1970
- Eyermann, Erich, Vom Nachbarschutz zur Popularklage?, GewA 1974, S. 42
- Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Auflage, München 1974 (zitiert: Eyermann-Fröhler, VwGO)
- Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig, Handwerksordnung, Kommentar, 1. Auflage, München Berlin 1953 (zitiert: Eyermann-Fröhler)
- Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig; Honig, Gerhart, Handwerksordnung, Kommentar, 2. Auflage, München Berlin 1967 (zitiert: Eyermann-Fröhler-Honig 1967)
- Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig; Honig, Gerhart, Handwerksordnung, Kommentar, 3. Auflage, München Berlin 1973 (zitiert: Eyermann-Fröhler-Honig 1973)
- Fielitz, Karl Heinrich; Meier, Hans; Montigel, Eberhard, Personenbeförderungsgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 2. Ergänzungslieferung, Frankfurt

- Fliegeauf, Harald, Die Behandlung von unerlaubt geführten Gewerbebetrieben aus der Sicht des Verwaltungsstreitverfahrens, GewA 1964, S. 121
- Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973
- Friauf, Karl Heinrich, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS 1962, S. 422
- Frischmann, Otto; Weingart, Olaf, Zur selbständigen Anfechtbarkeit behördlicher Mitwirkungsakte, DÖV 1962, S. 721
- Fröhler, Ludwig, Anmerkung zu OVG Lüneburg v. 28.10.1960, GewA 1961, S. 79
- Fröhler, Ludwig, Anmerkung zu HessVG v. 17.5.1961, GewA 1962, S. 154
- Fröhler, Ludwig, Anmerkung zu BVerwG v. 16.9.1966, GewA 1967, S. 111
- Fröhler, Ludwig, Anmerkung zu OVG Koblenz v. 21.12.1966, GewA 1968, S. 63
- Fröhler, Ludwig, Anmerkung zu VG Neustadt v. 17.9.1970, GewA 1971, S. 11
- Fröhler, Ludwig; Dannbeck, Siegmund, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung dargestellt anhand der Rechtsprechung, München 1971 (zitiert: Fröhler, Berufszulassungsrecht)
- Fröhler, Ludwig; Dannbeck, Siegmund, Das Recht der Handwerksinnung, München 1959
- Fröhler, Ludwig, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik, Wien New York 1969
- Fröhler, Ludwig, Der Handwerksbegriff in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GewA 1964, S. 145
- Fröhler, Ludwig, Die Bedeutung der "Kenntnisse" für den Handwerksbegriff, GewA 1969, S. 241
- Fröhler, Ludwig, Die Bedeutung des § 35 n.F. GewO für das Handwerk, GewA 1964, S. 49
- Fröhler, Ludwig, Die Eintragung der GmbH&Co in die Handwerksrolle, GewA 1969, S. 265
- Fröhler, Ludwig, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, GewA 1965, S. 145

- Fröhler, Ludwig, Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, München 1957
- Fröhler, Ludwig, Die staatsrechtliche Relevanz des Mittelstandes, München 1968
- Fröhler, Ludwig, Gegen eine Versteinerung des Handwerksbegriffes, GewA 1969, S. 145
- Fröhler, Ludwig, Muß der Frischfleischverkauf in Lebensmittel Einzelhandelsgeschäften in die Handwerksrolle eingetragen werden ?, GewA 1963, S. 145 (zitiert: Fröhler, Frischfleischverkauf)
- Fröhler, Ludwig, Rechtsgutachten für den Zentralverband des Deutschen Bäckerhandwerks betr. Handwerkeigenschaft des Betriebes Porath - vom 7.7.1958, Teilabdruck bei Britze, H.-H., a.a.O., S. 102
- Fröhler, Ludwig; Dannbeck, Siegmund, Rechtsprobleme des Teilhandwerks, München 1968 (zitiert: Fröhler, Teilhandwerk)
- Fröhler, Ludwig, Zum Begriff der handwerklichen Hilfs- und Nebenbetriebe, GewA 1955/56, S. 80 (zitiert: Fröhler, Nebenbetrieb)
- Fröhler, Ludwig, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, BB 1957, S. 1127 (zitiert: Fröhler, Abgrenzung)
- Fröhler, Ludwig; Dannbeck, Siegmund, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, München 1965 (zitiert: Fröhler, Monographie)
- Fröhler, Ludwig, Zur Eintragung in die Handwerksrolle, Bad Wörishofen 1969 (zitiert: Fröhler, Zur Eintragung)
- Fröhler, Ludwig, Zur Löschung in der Handwerksrolle, GewA 1971, S. 145
- Fromm, Günter, Hat die Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die Bauerlaubnis aufschiebende Wirkung ?, BB 1962, S. 985 (zitiert: Fromm, Nachbarklage)
- Fromm, Günter, Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, VA 56 (1965), S. 26
- Frotscher, Werner, Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte?, DÖV 1971, S. 259
- Fuchs, Dieter, Zur "Anhörung" im Gewerbeuntersagungsverfahren nach § 35 Abs. 4 Gewerbeordnung, GewA 1968, S. 195
- Fuhr, Eberhard, Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblattsammlung, o.O., o.J.

- Gerard, Martin, Die Stellung des Handwerks im Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Abgrenzung des Handwerks, Diss. Heidelberg 1930
- Gierth, Kurt, Vom Sachbescheidungsinteresse, DVBl. 1967, S. 848
- Goldschmidt, Ernst Friedrich, Die deutsche Handwerkerbewegung bis zum Sieg der Gewerbefreiheit, München 1916
- Grabitz, Eberhard, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98(1973), S. 568
- Groschupf, Otto, Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?, DVBl. 1962, S. 627
- Hahn, Hugo J., Über die Gewaltenteilung in der Wertwelt des Grundgesetzes, in: Rausch, Heinz (Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, Darmstadt 1969
- Hamann, Andreas; Lenz, Helmut, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949, Kommentar, Neuwied Berlin 1970
- Hampke, Thilo, Der Befähigungsnachweis im Handwerk, Jena 1892
- Hampke, Thilo, Handwerker- oder Gewerbekammern? Ein Beitrag zur Lösung der gewerblichen Organisationsfrage, Jena 1893
- Hartmann, Karl; Philipp, Franz, Handwerksrecht Handwerksordnung, Kommentar, Darmstadt Berlin 1954
- Hasskarl, Horst, Die Begrenzung exekutiver Rechtsetzungsbefugnis unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgesetzgebung, Diss. Saarbrücken 1969, (zitiert: Hasskarl, Diss.)
- Hasskarl, Horst, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, AöR Bd. 94 (1969), S. 85 (zitiert: Hasskarl, AöR)
- Haueisen, Fritz, Die Bedeutung von Zusagen im Verwaltungsrecht, NJW 1961, S. 1901
- Haueisen, Fritz, Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 1964, S. 2037
- Haueisen, Fritz, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsakt, DOK 1972, S. 611
- Haueisen, Fritz, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsakt, DÖV 1973, S. 653 (zitiert: Haueisen, Verwaltungsverfahren)

- Heintze, Reinhard, Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten, NJW 1963, S. 1430
- Heinz, Gerhard, Die geschichtliche Entwicklung und die gegenwärtige Gestaltung der Selbstverwaltung in den wirtschaftlichen Berufskammern, Diss. Stuttgart 1958
- Henke, Wilhelm, Anmerkung zu BVerwG v. 25.2.1972, JZ 1972, S. 626
- Henke, Wilhelm, Art. Gewerberecht, HdSW Bd. 4 (1965), S. 523
- Henke, Wilhelm, Das öffentliche Recht der Wirtschaft, Nürnberg 1974 (zitiert: Henke, Leitfaden)
- Henke, Wilhelm, Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968
- Hinkamp, Klaus, Analyse und Strukturwandel von Bundes-legislative und Bundesregierung unter besonderer Berücksichtigung der Gewaltenteilung, Diss. Köln 1966
- Honig, Gerhart, Bedenkliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Handwerksordnung, GewA 1975, S. 182 (zitiert: Honig, Rechtsprechung)
- Honig, Gerhart, Die ausnahmsweise Eintragung in die Handwerksrolle - BVerwGE 13,317 -, JuS 1964, S. 437 (zitiert: Honig, Ausnahmegewilligung)
- Honig, Gerhart, Die Eintragung einer GmbH&Co KG in die Handwerksrolle, BB 1970, S. 1277
- Honig, Gerhart, Die neue Handwerksordnung, GewA 1966, S. 25
- Honig, Gerhart, Eintragung einer GmbH&Co KG in die Handwerksrolle, BB 1969, S. 557
- Honig, Gerhart, Handwerksbetrieb oder Industriebetrieb ? - BVerwGE 20,263 -, JuS 1966, S. 436 (zitiert: Honig, Handwerksbetrieb)
- Honig, Gerhart, Noch einmal: Wann kann von einer ausreichenden Leitung des Handwerksbetriebes gesprochen werden ?, GewA 1973, S. 177
- Honig, Gerhart, § 147 Abs. 1 Nr. 1 GewO contra § 111 Abs. 1 Nr. 1 HwO, GewA 1965, S. 125
- Honig, Gerhart, § 119 HwO und Gesellschaften, GewA 1972, S. 261 (zitiert: Honig, Gesellschaften)
- Honig, Gerhart, Probleme um § 119 HwO, GewA 1966, S. 243 (zitiert: Honig, Probleme)

- Honig, Gerhart, Wann kann von einer ausreichenden Leitung des Handwerksbetriebes gesprochen werden?, GewA 1967, S. 97 (zitiert: Honig, Leitung)
- Honig, Gerhart, 20 Jahre deutsche Handwerksordnung, GewA 1973, S. 225
- Huber, Ernst R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, I. Bd., 2. Auflage, Tübingen 1953
- Hutzelmann, Kurt, Die Handwerksnovelle, Diss. Jena 1930
- Isenberg, Heinrich, Die Geschichte des deutschen Handwerks, Münster 1929
- Jagusch, Heinrich; Mezger, Eduard; Schaefer, August; Werner, Wolfhart, Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), Berlin 1958 (zitiert: Leipziger Kommentar)
- Janssen, Fritz, Der praktische Vollzug der auf § 38 der Gewerbeordnung beruhenden Rechtsvorschriften, GewA 1967, S. 193
- Jellinek, Wilhelm, Verwaltungsrecht, Berlin 1928
- Jesch, Dietrich, Zulässigkeit gesetzesvertretender Verwaltungsverordnungen ?, AöR Bd. 84 (1959), S. 74
- Joly, Wolfgang, Recht der Gewerbe, Loseblattsammlung, Stand Febr. 1975, Köln
- Jung, Hans, Die Vollzugsfähigkeit behördlicher Erlaubnisse, NJW 1961, S. 159
- Junker, Ernst, Eindeutige Abgrenzung zwischen Handwerks- und Fabrikbetrieb unter Anwendung eines allgemeingültigen Systems von Grund-, Leit- und Lehrsätzen, Diss. Göttingen 1935
- Kattentidt, Gerhard, Der Einfluß der Handwerksnovelle vom 11. Febr. 1929 auf die Organisation des Handwerks sowie auf die Abgrenzung zwischen "Handwerk" und "Nicht Handwerk", Diss. Köln 1934
- Keidel, Theodor; Winkler, Karl. Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, München 1972
- Keucher, Johannes, Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Kammersystems, Diss. Halle-Wittenberg 1951
- Kienzle, Werner, Anmerkung zu BVerwG v. 17.12.1964, NJW 1965, S. 1497
- Kienzle, Werner, Das rechtliche Interesse an der Erteilung gebundener Erlaubnisse, GewA 1963, S. 97

- Kienzle, Werner, Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO, Berlin Frankfurt/M. 1965 (zitiert: Kienzle, Gewerbeuntersagung)
- Klein, Friedrich, Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, in: Genzer, W.E.; Einbeck, W. (Bearbeiter), Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Frankfurt 1952
- Kleinrahn, Heinrich, Das richterliche Prüfungsrecht bei Rechtsverordnungen, DVBl. 1950, S. 298
- Kolbenschlag, Heinrich; Lessmann, Kurt, Taschenlexikon handwerksrechtlicher Entscheidungen, Loseblattsammlung, Berlin (zitiert: THwE)
- Kolbenschlag, Heinrich; Lessmann, Kurt; Stücklen, Richard, Die neue Handwerksordnung, Kommentar, Köln 1954 (zitiert: Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen, HO)
- Kolbenschlag, Heinrich; Lessmann, Kurt; Stücklen, Richard, Die deutsche Handwerksordnung, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 13. Lieferung, Sept. 1975, Köln (zitiert: Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen)
- Kolbenschlag, Heinrich; Patzig, Hans G., Die deutsche Handwerksorganisation, Frankfurt/M. Bonn 1968
- Kollner, Werner, Zum Begriff des unerheblichen Nebenbetriebes, GewA 1967, S. 49
- Kopp, Ferdinand, Der Rechtsschutz bei Entscheidungen über die Eintragung in die Handwerksrolle, GewA 1967, S. 73
- Kopp, Ferdinand, Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens und das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß, VA Bd. 61 (1970), S. 219 (zitiert: Kopp, Verwaltungsprozeß)
- Kopp, Ferdinand, Rechtliche Bedeutung und Tragweite der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage, BayVBl. 1972, S. 649
- Kopp, Ferdinand, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München 1974 (zitiert: Kopp, VwGO)
- Kostuch, Bruno, Die Entwicklung des Handwerks seit der Jahrhundertwende, dargestellt an Hand der deutschen Verhältnisse, Diss. Bonn 1948
- Kreppner, Oskar, Doppelzugehörigkeiten zur Industrie- und Handelskammer und zur Handwerkskammer, Diss. Würzburg 1961 (zitiert: Kreppner, Doppelzugehörigkeiten)
- Kreppner, Oskar, Handwerk oder Industrie - Zählen nur Kleinbetriebe zum Handwerk ?, GewA 1965, S. 49 (zitiert: Kreppner, Kleinbetriebe)

- Krings, Ernst, Verwandte Handwerke, Diss. Köln 1937
- Kröger, Günter, Die Anwendung der §§ 15 Abs. 2 und 35 Gewerbeordnung, GewA 1965, S. 73
- Kröger, Günter, Die Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach der Neuordnung des Handwerksrechts, GewA 1967, S. 145
- Kröger, Günter, Die Meisterprüfung im Handwerk, München 1970
- Krömer, Eckart, Bemerkungen zum Begriff des Handwerks, DVBl. 1957, S. 257
- Küffner, Gerhard, Die Zugehörigen der Handwerkskammer, (unveröffentlichte) Diplomarbeit, Nürnberg 1971
- Kuhfuhs, Hanns-Peter, Anerkennung ausländischer Zeugnisse auf handwerkliche Prüfungen, BB 1969, S. 919
- Kuhfuhs, Hanns-Peter, Anerkennung ausländischer Zeugnisse auf handwerkliche Prüfungen, BB 1973, S. 803
- Landmann, Heinz; Giers, Wolfgang; Proksch, Ernst, Allgemeines Verwaltungsrecht, Düsseldorf 1969
- Landmann, Robert von; Rohmer, Gustav, Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. 2, Teil I, 8. Auflage, München 1930
- Landmann, Robert von; Rohmer, Gustav; Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig, Gewerbeordnung, Kommentar, 10. Auflage, München Berlin 1952
- Landmann, Robert von; Rohmer, Gustav; Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig, Gewerbeordnung, Kommentar, 1. Band, 11. Auflage, München Berlin 1956
- Landmann, Robert von; Rohmer, Gustav; Eyermann, Erich; Fröhler, Ludwig; Ritgen, Wolfgang, Gewerbeordnung, Kommentar, Loseblattsammlung, 12. Auflage, München Berlin (zitiert: Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Ritgen)
- Lange, Hans-Richard, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Rechtsverordnungen, JZ 1968, S. 417
- Lange, Hans-Richard, Zur Zulässigkeit gesetzesändernder Rechtsverordnungen, JR 1968, S. 8
- Laubinger, Hans-Werner, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, Göttingen 1967
- Liesegang, Georg, Die handwerksrechtliche Bedeutung der Ausübung eines Teilhandwerks, DVBl. 1961, S. 198
- Liesegang, Georg, Sind bei der Ausübung von Teilhandwerken die Vorschriften der Handwerksordnung zu beachten?, NJW 1960, S. 2278

- Mang, o.V., Befristung des Widerspruchs nach § 58
Abs. 2 VwGO, BayVBl. 1964, S. 396
- Mangoldt, Hermann von, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
3. Lieferung, Bonn Frankfurt/M. o.J.
- Mangoldt, Hermann von; Klein, Friedrich, Das Bonner
Grundgesetz, Bd. III, 6. Lieferung, Berlin
Frankfurt 1969
- Markau, Hans, Der Handwerksbegriff im geltenden Recht,
Diss. Marburg 1932
- Maunz, Theodor, Deutsches Staatsrecht, München 1968
- Maunz, Theodor; Dürig, Günther; Herzog, Roman, Grundgesetz,
Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 13. Ergän-
zungslieferung, Dez. 1973
- Maunz, Theodor; Sigloch, Heinrich; Schmidt-Bleibtreu,
Bruno; Klein, Franz, Bundesverfassungsgerichts-
gesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand:
3. Ergänzungslieferung, München
- Maurach, Reinhart, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil,
Karlsruhe 1964
- Mellerowicz, Konrad, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre,
III. Band, Berlin 1963
- Mende, August W., Zur Frage der Zulässigkeit gesetzes-
ändernder Rechtsverordnungen, DÖV 1955, S. 625
- Menger, Christian-Friedrich, Höchststrichterliche Recht-
sprechung zum Verwaltungsrecht, VA Bd. 49
(1958), S. 368
- Mettke, o.V., Die Eintragung in die Handwerksrolle im
Ausnahmefall, BB 1954, S. 304
- Meusch, Hans, Deutsches Handwerksrecht, Essen 1936
- Meusch, Hans, Die Handwerkerbewegung von 1848/49,
Alfeld/Leine 1949
- Meusch, Hans; Wernet, Wilhelm, Art. Handwerkerbewegung,
HdSW Bd. 5 (1956), S. 35
- Meusch, Wolfgang, Das Handwerk im geltenden Recht unter
Berücksichtigung des Handwerksbetriebes, Diss.
Göttingen 1937
- Meyer, Helmut, Die nationalsozialistischen Grundlagen
der Handwerksgesetzgebung im Dritten Reich,
Diss. Erlangen 1939
- Meyer-Hentschel, Gerhard, Der Begriff des Handwerks in
der Rechtsprechung, NJW 1958, S. 1321
- Michel, Elmar, Das Gaststättengesetz, Kommentar,
4. Auflage, Köln Berlin 1952

- Michel, Elmar; Kienzle, Werner, Gaststättengesetz, Kommentar, 5. Auflage, Köln Berlin Bonn München 1971
- Model, Otto, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Taschenkommentar, Köln Berlin Bonn München 1971
- Möschel, Wernhard, Zur rechtlichen Behandlung der handwerklichen Nebenbetriebe, DB 1970, S. 2205
- Moser, Friedrich, Das Problem der handwerklichen Gewerbefreiheit, Diss. Tübingen 1953
- Müller, Hans, Der handwerkliche große Befähigungsnachweis und seine volkswirtschaftliche Bedeutung, Berlin 1939
- Münch, Ingo von, Der Widerrufsvorbehalt im Verwaltungsrecht, JZ 1964, S. 121
- Mündlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (23. Ausschuß) (Nr. 4047 der Drucksachen), in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, S. 12 075
- Musielak, Hans-Joachim, Anmerkung zu VG Oldenburg vom 19.4.1967, GewA 1967, S. 251
- Mussel, Walter, Großhandwerks- und Kaufmannsrecht. Eine rechtstatsächliche und rechtspolitische Untersuchung, Stuttgart 1936
- Neumeyer, Winfried, Die verfassungsmäßig notwendige Begrenzung der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen, Diss. Köln 1967
- Obermayer, Klaus, Art. Rechtsverordnungen, Sp. 1774, in: Kunst, Hermann; Grundmann, Siegfried (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart Berlin 1966
- Ossenbühl, Fritz, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, Berlin 1965 (zitiert: Ossenbühl, Rücknahme)
- Ossenbühl, Fritz, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, S. 25
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 34. Auflage, München 1975
- Pape, Richard, Beiträge zur Lösung der Frage: Handwerk oder Fabrik?, Insterburg 1905
- Perkuhn, Fritz, Aktuelle Probleme der Handwerksordnung, GewA 1967, S. 52 (zitiert: Perkuhn, Probleme)
- Perkuhn, Fritz, Die Frage der Anwendung des § 147 Abs. 1 Nr. 1 GewO auf die unberechtigte Handwerksausübung, GewA 1965, S. 243

- Perkuhn, Fritz, Die Organisationszugehörigkeit einschließlich der Doppelzugehörigkeit von gewerblichen Unternehmen zu den Handwerkskammern und den Industrie- und Handelskammern, DB Beilage Nr. 16/69 zu Heft 27 vom 4. Juli 1969 (zitiert: Perkuhn, Doppelzugehörigkeit)
- Perkuhn, Fritz, Handwerksrollen-Eintragung mit rückwirkender Kraft?, DHBl. 1965, S. 453 (zitiert: Perkuhn, Eintragung)
- Perkuhn, Fritz, Rolleneintragung mit rückwirkender Kraft ?, DHBl. 1966, S. 37
- Peter, Christoph, Darf der Bundesgesetzgeber zum Erlass gesetzändernder Rechtsverordnungen ermächtigen ?, AöR Bd. 92(1967), S. 357
- Peters, Horst, Handbuch der Krankenversicherung, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 43. Lieferung, Mai 1975,
- Peters-Preisendanz, Strafbuch, Kommentar, 26. Auflage, Berlin 1970
- Peußner, Jürgen, Erfüllt unberechtigte Handwerksausübung den Tatbestand des § 147 Abs.1 Nr. 1 GewO ?, GewA 1964, S. 241
- Philipp, Franz, Handwerklicher Nebenbetrieb nach der Handwerksordnung, GewA 1955/56, S. 149
- Quaritsch, Helmut, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VA Bd. 51 (1960), S. 210
- Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, Stuttgart 1963
- Redeker, Konrad: Oertzen, Hans-Joachim von, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1969 (zitiert: Redeker-von Oertzen)
- Reuss, Wilhelm, Die Gewerbefreiheit, Stuttgart 1949 (zitiert: Reuss, Gewerbefreiheit)
- Reuss, Wilhelm, Handwerksrecht, Kommentar, Köln Berlin Bonn München 1965 (zitiert: Reuss, Handwerksrecht)
- Richter, Johannes, Entscheidungen des früheren Reichswirtschaftsgerichtes über Einsprüche gegen die Eintragung in die Handwerksrolle, Hannover 1930 (zitiert: Richter)
- Rieckmann, Volker, Zur Frage der Abgrenzung von Handwerk und Industrie unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes, GewA 1972, S. 57
- Rüggen, Wolfgang, Die Ausnahmegewilligung im Handwerk, BB Beilage 8/1966 zu Heft 26/1966
- Weder, Georg, Die rechtliche Natur der Handwerkskammer, Diss. Erlangen 1936

- Rößle, Karl, Art. Handwerksbetrieb, HdSW Bd. 5 (1956)
S. 42
- Rößle, Karl, Betriebswirtschaftslehre des Handwerks,
Wiesbaden 1955
- Rößle, Karl, Das Bayerische Handwerk, München 1950
- Röttges, Fritz, Grundlagen und Probleme der modernen
Handwerkbewegung, Diss. Köln 1926
- Rohde, Heinz, Wesen und Inhalt des Begriffes Handwerk
in der Gegenwart. Ein Beitrag zur Lösung der
Frage Handwerksbetrieb oder Industriebetrieb,
Diss. Hamburg 1950
- Rohlfing, Theodor; Kiskalt, Hans; Wolff, Karl, Hand-
kommentar zur Gewerbeordnung, 3. Auflage,
Berlin Frankfurt 1961
- Rohmer, Gustav; Eyermann, Erich, Kommentar zum Gast-
stättengesetz, München Berlin 1952
- Rohrscheidt, Kurt von, Vom Zunftzwange zur Gewerbefreiheit,
Berlin 1898
- Rotberg, Hans, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrig-
keiten, 4. Auflage, Berlin Frankfurt/M. 1969
- Schack, Friedrich, Die gesetzvertretenden Verordnungen,
DÖV 1962, S. 652
- Schäfer, Walter, Hat die Anfechtungsklage des von einem
begünstigten Verwaltungsakt benachteiligten
Dritten aufschiebende Wirkung?, DVBl. 1962, S. 844
- Scheer, Bernhard, Gaststättengesetz, Kommentar, Hamburg
1959
- Schild, Heinrich, Art. Handwerk, in: Karrenberg, Friedrich
(Hrsg.), Evangelisches Soziallexikon, Stuttgart
1954
- Schindler, Ernst; Hoffmann, Kurt von, Das Körperschafts-
recht des Handwerks, Kommentar, Berlin 1929
- Schlesinger, Friedrich, Fabrik und Handwerk als Begriffe
der deutschen Rechtsprechung und Verwaltung,
Leipzig 1908
- Schlitzer, Wilhelm, Die organisatorische Abgrenzung von
Handwerk und Industrie, Stuttgart 1941
- Schlüter, Jörg, Das Zusammenwirken von Verwaltungsbehörden
bei Erlass eines Verwaltungsaktes, Diss. Münster
1966
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno, Anmerkung zu BVerfGE 13, 248,
DÖV 1962, S. 105

- Schmidt, H., Neue Linie bei der Abgrenzung Industrie/
Handwerk ?, GewA 1967, S. 6
- Schmoller, Gustav, Grundriß der allgemeinen Volkswirt-
schaftslehre, München Leipzig 1923
- Scholz, Georg, Suspensiveffekt nach § 80 Abs. 1 VwGO bei
"angemessener Rechtsposition", DVBl. 1966, S. 259
- Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschafts-
politik (13. Ausschuß) über den von den Fraktionen
der CDU/CSU, FDP und DP eingebrachten Entwurf
eines Gesetzes über die Handwerksordnung -
Nr. 1428 der Drucksachen -, zu Drucksache I/Nr. 4172
(zitiert: Ausschlußbericht 1955)
- Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Mittelstands-
fragen (18. Ausschuß) über den von den Abgeordneten
Schulhoff und Genossen und der Fraktion der CDU/
CSU, Lange (Essen) und Genossen und der Fraktion
der SPD, Opitz und Genossen und der Fraktion der
FDP eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur
Änderung der Handwerksordnung - Drucksache IV/2335 -,
zu Drucksache IV/3461 (zitiert: Ausschlußbericht
1965)
- Schüler, Felix, Meistertitel und Handwerkskarte, Berlin 1935
- Schunck, E.; De Clerck, H., Allgemeines Staatsrecht und
Staatsrecht des Bundes und der Länder, Siegburg
1964
- Schwaab, Hermann, Handwerksrolle und großer Befähigungs-
nachweis, Diss. Würzburg 1936
- Schwachenwalde, Bernd, Die rechtliche Stellung der soge-
nannten Umschuldungsunternehmen, GewA 1969, S. 245
- Schwindt, Hanns, Kommentar zur Handwerksordnung, Bad
Wörishofen 1954
- Siegert, Albrecht, Gesetz zur Änderung der Handwerks-
ordnung, BB 1965, S. 1090
- Siegert, Albrecht; Musielak, Hans-Joachim, Das Recht des
Handwerks, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand:
3. Lieferung, München (zitiert: Siegert-Musielak)
- Sieg, Harald; Leifermann, Werner, Gewerbeordnung,
Kommentar, München Berlin 1966
- Siegmund-Schultze, Gerhard, Die Bedeutung des Suspensiv-
effekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten,
DVBl. 1963, S. 745
- Steffens, Heinz, Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Hand-
werksordnung), Kommentar, Münster/Westfalen
1956
- Stein, Ekkehart, Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967

- Stratenwerth, Wolfgang, Die Berufsabgrenzung im Handwerk als wirtschaftspädagogisches Problem, Diss. Köln 1956
- Strauß, Dieter, Verbotsirrtum und Erkundigungspflicht, NJW 1969, S. 1418
- Tenhof, Dieter, Neues Urteil zur Abgrenzung Kunsthandwerker - Künstler, DHBl. 1969, Heft 3, S. 68
- Thomä, Karl Eugen, Auskunfts- und Betriebsprüfungsrecht der Verwaltung, Heidelberg 1955
- Tuchtfeldt, Egon, Gewerbefreiheit als wirtschaftspolitisches Problem, Habilitationsschrift, Berlin 1955
- Turegg, Kurt Egon Freiherr von, Gewerberecht, Tübingen 1953 (zitiert: Turegg, Gewerberecht)
- Über, Gisbert, Freiheit des Berufs, Hamburg 1952
- Walle, Bernhard, Die Handwerkskammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts, Diss. Würzburg 1953
- Walle, Bernhard, Vorschläge zu einer wirksameren Bekämpfung der Schwarzarbeit, GewA 1968, S. 49
- Watrin, Christian, Der Befähigungsnachweis in Handwerk und Einzelhandel, Diss. Köln 1958
- Weber, Adolf, Kurzgefaßte Volkswirtschaftspolitik, Berlin 1951
- Weinbrenner, Ernst, Die Abgrenzung des Handwerks vom Nichthandwerk im Rechte der Berufsvertretungen, Diss. Münster 1934
- Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, Kommentar, 11. Auflage, Berlin 1969
- Wernet, Wilhelm, Handwerk im Widerstreit der Lehrmeinungen, Münster/Westfalen 1960
- Wernet, Wilhelm, Handwerkspolitik, Göttingen 1952 (zitiert: Wernet, Handwerkspolitik)
- Wernet, Wilhelm, Handwerks- und Industriegeschichte, Stuttgart 1963 (zitiert: Wernet, Handwerksgeschichte)
- Wernet, Wilhelm, Probleme der Handwerkspolitik für heute und morgen, in: Het Ambacht in Europa, Scheveningen 1952 (zitiert: Wernet, Probleme)
- Wernet, Wilhelm, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, Münster/Westfalen 1965 (zitiert: Wernet, Abgrenzung)
- Wernet, Wilhelm; Petersen, Berthold, Wettbewerbsvorgänge im Handwerk, Bremen 1953
- Wershoven, Theo, Ist der Frischfleischverkauf in Lebensmittel-einzelhandelsgeschäften als handwerksrollenpflichtige Tätigkeit anzusehen?, GewA 1966, S. 151

- Wessels, Theodor, Art. Gewerbepolitik, HdSW Bd. 4 (1965), S. 507
- Weyreuther, Felix, Probleme der Rechtsprechung zum Enteignungsverfahren, DVBl. 1962, S. 93
- Wieseler, Willi, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, Berlin 1967
- Wilke, Dieter, Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen, AöR Bd. 98(1973), S. 196
- Winter, Franz, Handwerk oder Industrie - Vernachlässigte Aspekte der Abgrenzung, GewA 1965, S. 1
- Winterberger, Gerhard, Der partielle obligatorische Fähigkeitsausweis als Gewerbeschutzmaßnahme, Diss. Bern 1948
- Wolff, Bernhard, Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, AöR Bd. 78 (1952/53), S. 194
- Wolff, Hans J., Verwaltungsrecht I, 8. Auflage, München 1971
- Wolff, Hans J.; Bachof, Otto, Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, München 1974 (zitiert: Wolff-Bachof)
- Wolff, Hans J., Verwaltungsrecht II, 3. Auflage, München 1970
- Wolf, Manfred, Die Klagebefugnis der Verbände, Tübingen 1971
- Zentralverband des deutschen Handwerks (Hrsg.), Handwerk, 1967, Bad Wörishofen 1968 (zitiert: Handwerk 1967)
- Zentralverband des deutschen Handwerks (Hrsg.), Handwerk 1974, Bad Wörishofen 1975 (zitiert: Handwerk 1974)
- Zimmerer, Carl; Schönle, Herbert, Kreditwesengesetz, Kommentar, Wiesbaden 1962
- Zorn, Wolfgang, Art. Zünfte, HdSW Bd. 12 (1965), S. 484
- Zuck, Rüdiger, Handwerk als Gestaltung, NJW 1961, S. 1519
- o.V., Handwerksberufe von 1934 bis heute, DHB1. 1972, Heft 10, S. 17
- o.V., Schwarzarbeit - ein dunkles Kapitel, DHB1. 1972, Heft 21, S. 23

Copy-Center 2000

852 ERLANGEN · Obere Karlstr. 30
Tel. 09131-26197